

Ulrich Peters

**SCHRANKEN DER MEHRHEITSHERRSCHAFT
IM
DEUTSCHEN UND AMERIKANISCHEN GMBH-KONZERNRECHT**

1980





Digitized by the Internet Archive
in 2026



SCHRANKEN DER MEHRHEITSHERRSCHAFT IM
DEUTSCHEN UND AMERIKANISCHEN GmbH-KONZERNRECHT

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den Fachbereich
Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
aus
Jahr

Ulrich Peters
Hagen/Westfalen
1980



Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Großfeld

Zweiter Berichterstatter:

Doz. Dr. Vollmer

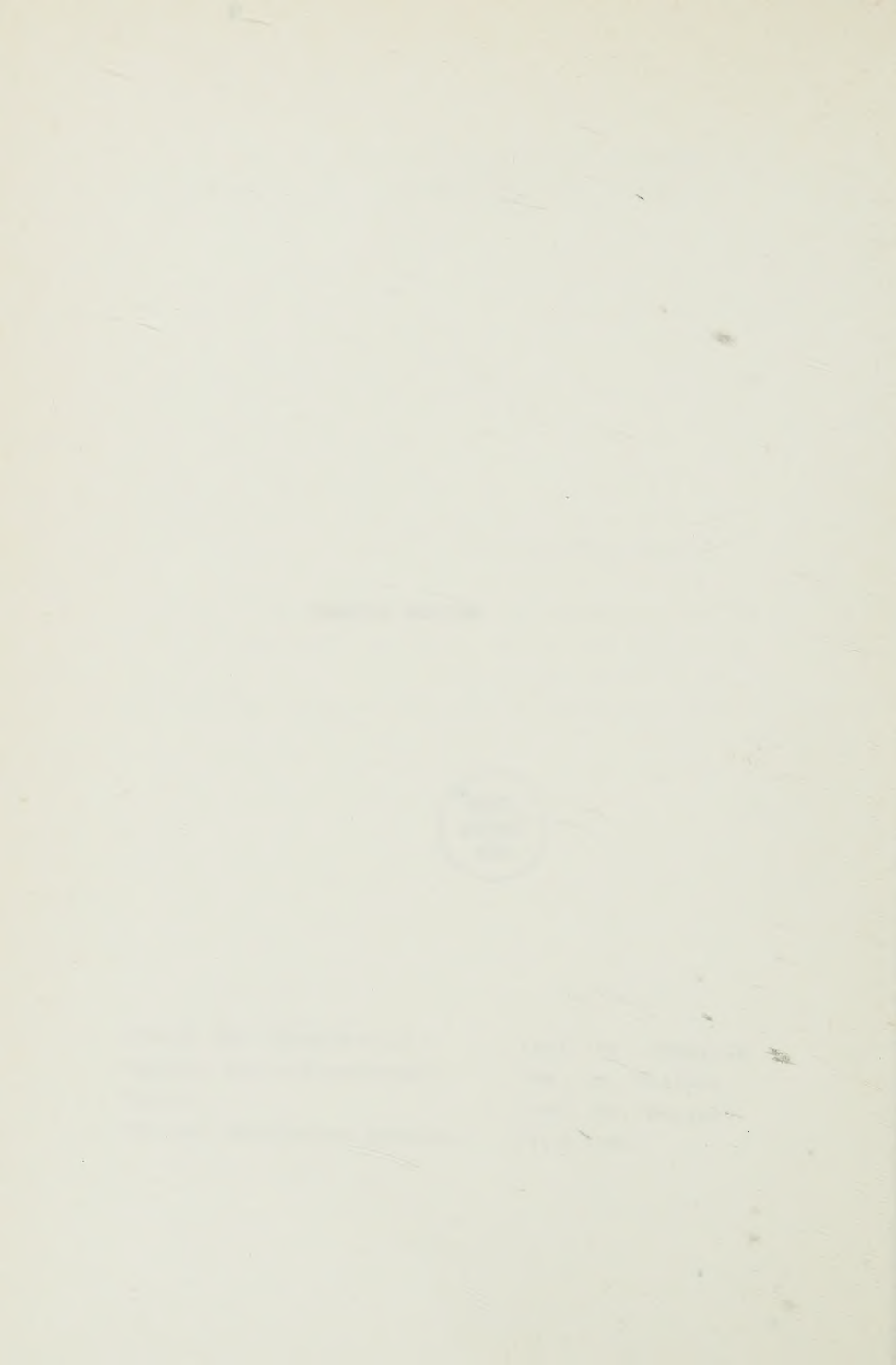
Dekan:

Prof. Dr. Bernert

Tag der mündlichen Prüfung:

11.6.1980

MEINEN ELTERN



INHALTSVERZEICHNIS:

	Seite
A. Einleitung	1
I. Konzernbildung als Rechtsproblem	1
II. Gang der Darstellung	4
<u>1. Hauptteil: GmbH-Konzernrecht in Deutschland</u>	6
B. Die GmbH im Überblick	6
I. Die Geschichte der GmbH-Reform	6
II. Die GmbH in der wirtschaftlichen Praxis	11
1. Das rechtstatsächliche Erscheinungsbild	11
2. Die GmbH im Konzernverband	14
III. Die GmbH - eine personalistische Gesellschaftsform	17
IV. Die Mechanismen der Mehrheitsherrschaft	21
1. Das Weisungsrecht der Gesellschafter	21
2. Das Weisungsrecht kraft satzungsmäßigem Sonderrecht - Der Grundsatz der Privatautonomie	23
C. Die Schranken der Weisungsmacht im Deutschen GmbH-Konzernrecht	25
I. Die allgemeinen Schranken	25
II. Das Konzerninteresse als Rechtfertigungsgrund für schädigende Eingriffe	26
III. Die Analogie zu § 117 AktG	29
IV. Die bürgerlichrechtlichen Schranken - Die überkommene Meinung des Bundesgerichtshofs	31
V. Die Haftung aus positiver Vertragsverletzung	35
VI. Das Treueprinzip	37
1. Der Grundsatz von Treu und Glauben	37
2. Die Lehre von der gesellschaftlichen Treuepflicht	39
a) Die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander	39
aa) Die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft	41
(1) Das mitgliedschaftliche Argument	41
(2) Das organschaftliche Argument	43
bb) Die Treuepflicht im GmbH-Recht	46
cc) Der Standpunkt des Bundesgerichtshofs	47
(1) Die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft	47

	Seite
(2) Die Rechtslage bei der GmbH	49
VII. Die Anfechtungsklage	51
1. Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung entsprechend §§ 243 ff AktG	52
2. Die prozessuale Geltendmachung der Anfechtungsklage	54
D. Der Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes	57
I. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Vertragskonzern	58
1. Das Weisungsrecht bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages	58
2. Die Abfindung außenstehender Gesellschafter	60
3. Die Kritik an dem Regierungsentwurf	60
II. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern	63
1. Das Weisungsrecht bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages	63
2. Die Kritik an der Regelung des Regierungsentwurfs zum faktischen Konzern	65
a) Die Privilegierung des herrschenden Unternehmens	67
b) Der Nachteilsausgleich	68
c) Der Abhängigkeitsbericht	73
d) Zusammenfassung	75
III. Die Alternativvorschläge zu den gesetzgeberischen Plänen	77
1. Das Verbot des faktischen Konzerns	78
2. Der Vorschlag der Centrale für GmbH	80
3. Der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins	81
4. Der Vorschlag von Eder	82
5. Der Vorschlag des Arbeitskreises GmbH-Reform	82
E. Die gesellschaftliche Treuepflicht als Mittel zur Begrenzung konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft	83
I. Die Bedeutung der ITT-Entscheidung für die Weiterentwicklung des GmbH-Konzernrechts	84
II. Die Einzelklagebefugnis	90
III. Der Inhalt der Treuepflicht	92

	Seite
<u>2. Hauptteil:</u> Das Konzernrecht der amerikanischen Close Corporation	96
A. Die amerikanische Close Corporation	98
I. Definition und Abgrenzung zur Public Issue Corporation	97
II. Vergleichbarkeit mit der GmbH	103
B. Die Appraisal Rights	105
I. Das Abfindungsrecht des Minderheitsgesellschafters	105
II. Der Verfahrensgang	108
III. Die praktische Bedeutung des Appraisal Remedy - Erfahrungen und Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung	109
C. Die Treuepflichten im amerikanischen Gesellschaftsrecht	115
I. Die Grundzüge des amerikanischen Trustrechts	115
II. Das Verhältnis Direktorium-Gesellschaft	118
III. Das Prinzip der Mehrheitsherrschaft - Die Treuepflichten des Mehrheitsgesellschafters	121
1. Die Majority Rule	122
2. Die Trust Fund Theory	123
3. Der Verkauf der Gesellschaftskontrolle - Der Fall Perlman v. Feldmann	126
4. Die Abkehr von der Lehre von der unbedingten Treuepflicht	128
a) Die Special Facts Theory	130
5. Die Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern einer Close Corporation	132
6. Der Begriff der Treuepflicht - Versuch einer Eingrenzung	134
IV. Die Treuepflichten im Konzernzusammenhang	138
1. Das Verhältnis Parent-Subsidiary Corporation	138
a) Die Freeze-Out Techniken	140
2. Die Fairness Tests	141
a) Dealing at Arm's Length - Der Unabhängigkeitstest	142
b) Der Betrugstest	144
c) Der Constructive Fraud Test	145
d) Die Business Judgment Rule	147
e) Das Problem des Self-Dealing - Der Intrinsic Fairness Test	148

	Seite
3. Die Problematik der gemeinsamen Einkommens- steuerrückerstattungsanträge - Der Fall Case v. New York Central Railroad Company	150
4. Die Abkehr von der Special Facts Theory - Jones v. Ahmanson	153
D. Rechtsvergleichende Zusammenfassung	160
E. Schluß	166

LITERATURVERZEICHNIS:

- Aktiengesetz Großkommentar,
3. Aufl., Berlin-New York 1973
- Albach Die Rechtsverhältnisse verbundener
Unternehmen
NB 1966, 202 ff
- ders. Probleme der Ausgleichszahlung und der
Abfindung bei Gewinnabführungsverträgen
nach dem Aktiengesetz 1965
Die AG 1966, 180 ff.
- Arbeitskreis GmbH-
Reform Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform
Band 2, Tübingen 1972
- Andrews The Stockholder's Right to Equal Opportu-
nity in the Sale of Shares
78 Harvard L. Rev. 505 ff (1965)
- Bachelin Der konzernrechtliche Minderheitenschutz,
Köln 1970
- Ballantine On Corporations.
Chicago 1946
- Ballerstedt Gesellschaftsrechtliche Probleme der Re-
form des GmbH-Rechts
ZHR 135, 383 ff (1971)
- ders. "GmbH-Reform, Mitbestimmung, Unternehmens-
recht"
ZHR 135, 479 ff (1971)
- ders. 75 Jahre GmbH-Gesetz
GmbH-Rdsch. 1967, 66 ff.
- ders. Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Ka-
pitalgesellschaften
Tübingen 1949
- Baltzer Die gesellschaftliche Treuepflicht im
Recht der AG und GmbH
Diss. Freiburg 1967
- Bauer Das Wesen der GmbH in wirtschaftlicher
Beziehung
GmbH-Rdsch. 1920, 1 ff.
- Baumbach-Hueck Aktiengesetz
13. Aufl., München 1968

- Baumbach-Hueck GmbH-Gesetz
13. Aufl., München 1970
- Bayne A legitimate Transfer of Control: The
Weyenberg Shoe Florsheim Case Study
18 Stanford L.Rev. 438 ff (1966)
- ders. A Philosophy of Corporate Control
112 U.Pa. L. Rev. 22 ff (1963)
- ders. The Sale of Control Premium: The Dispo-
sition
57 Calif. L. Rev. 615 ff (1969)
- Behrens Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
im internationalen und ausländischen
Recht
Berlin-New York 1976
- Barz Die GmbH im Konzernverband
Anhang II zu § 13 GmbHG
Kommentar Hachenburg
7. Aufl., Berlin-New York 1975
- Bergmann Über den Mißbrauch gesellschaftlicher
Machtstellungen
ZHR 105, 1 ff (1935)
- Berle Control in Corporate Law
58 Colum. L. Rev. 1212 ff (1958)
- ders. Corporate Powers as Powers in Trust
44 Harv. L. Rev. 1049 ff (1931)
- Berle-Means The Modern Corporation and Private Pro-
perty
New York 1932
- Beuthien Art und Grenzen der aktienrechtlichen
Haftung herrschender Unternehmen für
Leitungsmachtmißbrauch
DB 1969, 1781 ff
- ders. Unternehmenskonzentration und Kleinaktio-
närsschutz
Jus 1970, 53 ff
- Boesebeck Das Weisungsrecht der Gesellschafter einer
GmbH
GmbH-Rdsch. 1960, 118 ff
- Brezing Gedanken zur internationalen Konzernum-
lage, Besprechung des BGH-Urteils vom
5.6.1975
Die AG 1976, 5 ff

- Brodmann Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930
- Brudney-Chirelstein A Restatement of Corporate Freeze-Outs
87 Yale L.J. 1354 ff (1977)
- ders. Fair Shares in Corporate Mergers and Takeovers
88 Harv. L. Rev. 297 ff (1974)
- Cary Corporations
4 th ed., Mineola 1969
- Centrale für GmbH Die GmbH darf keine "kleine AG" werden!
- Erste Stellungnahme zum neuen GmbH-Gesetzentwurf
GmbH-Rdsch. 1969, 95 ff
- Comment Corporations: Agreement between Parent and Subsidiary Corporations for Allocation of Income Tax Savings Resulting from filing Consolidated Returns held "Not Fair"
112 U. Pa. L. Rev. 1185 ff (1964)
- Comment New York Statute gives Special Treatment to Close Corporations
75 Harv. L. Rev. 852 ff (1962)
- ders. The expanding scope of the controlling Shareholder's Fiduciary Duty to the Minority Shareholders: Jones v. Ahmanson and Company
4 U. Ill. L. F. 534 ff (1969)
- ders. The Fiduciary Relation of the Dominant Shareholder to the Minority Shareholders
9 Hastings L.J. 306 ff (1958)
- Conard Corporations in Perspective
Mineola, N.Y., 1976
- Conway The New York Fiduciary Concept in Incorporated Partnerships and Joint Ventures
30 Fordham L. Rev. 297 ff (1961)
- Deutler Novellierung des GmbH-Gesetzes
GmbH-Rdsch. 1977, 73 ff
- Deutscher Anwaltverein Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins
Hamburg 1974

- Döllerer Verdeckte Gewinnausschüttung und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften
Heidelberg 1975
- Dorpalen Die Treuepflicht des Aktionärs
ZHR 102, 1 ff (1936)
- Dreher Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Stuttgart 1931
- Eder Der GmbH-Konzern in der Unternehmenspraxis
GmbH-Rdsch. 1970, 249 ff
- Eder-Berg-Gottschling-Gaul Handbuch der GmbH
7. Aufl., Köln-Marienburg 1978
- Eisenberg The Legal Role of Shareholders and Management in Modern Corporate Decision Making
57 Calif. L. Rev. 1 ff (1969)
- Emmerich Anm. zu BGH-Urt. v. 5.6.1975
Jus 1976, 54 ff
- ders. Das GmbH-Konzernrecht in: Der GmbH-Konzern
Köln 1976, S. 3 ff
- ders. Der Regierungsentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes
Jus 1973, 520 ff
- ders. Das GmbH-Konzernrecht
Die AG 1975, 253 ff; 285 ff
- Emmerich-Sonnenschein Konzernrecht
1. Aufl., München 1973
2. Aufl., München 1977
- Enßlin Bilanzierung von Ausgleichsforderungen und -verbindlichkeiten gem. § 311 AktG
DB 1968, 1191 ff
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bd. I., 6. Aufl., Münster 1975
- v. Falkenhausen Minderheitenschutz und Aktienhandel
Die AG 1972, 237 ff, 276 ff
- ders. The New German Stock Corporation Law
52 Cornell L.Q. 518 ff (1967)

- v. Falkenhausen Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)
Karlsruhe 1967
- Fehrensens Treuepflicht des Großaktionärs
Diss. Göttingen 1965
- Fechner Die Treuebindungen des Aktionärs
Weimar 1942
- Feine Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III,
Leipzig 1929
- Filbinger Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht
Berlin 1942
- Flume Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform
DB 1959, 190 ff
- Fränkel Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Tübingen 1915
- Gäbelein Das GmbH-Konzernrecht in der Praxis
in: Der GmbH-Konzern
Köln 1976, 50 ff
- Geßler Die Reform des GmbH-Rechts
BB 1969, 589 ff
- ders. Entwicklungstendenzen im Gesellschaftsrecht
BB 1968, 717 ff
- ders. Faktische Konzerne?
in: Festgabe für Kunze, 159 ff
Berlin 1969
- ders. Grundfragen der GmbH-Reform
BB 1971, 665 ff
- ders. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern
Festschrift für Westermann, 145 ff
Karlsruhe 1974
- ders. Neue Vorschläge zum GmbH-Konzernrecht
BB 1973, 48 ff
- ders. Neue Wege im GmbH-Konzernrecht?
DB 1971, 29 ff

- Geßler Probleme der GmbH-Rechtsreform
GmbH-Rdsch. 1966, 102 ff
- Geßler-Hefermehl-
Eckhardt-Kropff Aktiengesetz
Kommentar, München 1976
- Gibson How fixed are Class Shareholders Rights?
23 Law and Contemp. Prob. 296 ff (1958)
- Gierke, J.v. Handelsrecht und Schiffahrtsrecht
8. Aufl., Berlin 1958
- Godin-Wilhelmi Aktiengesetz
3. Aufl., Berlin 1967
- Gower The English Private Company
18 Law and Contemp. Prob. 535 ff (1953)
- Gottschling Die GmbH in der Rechtsprechung des Bundes-
gerichtshofs im Jahre 1959
GmbH-Rdsch. 1960, 160 ff
- Großfeld Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentra-
tion und Kleinaktionär, Tübingen 1968
- ders. Multinationale Unternehmen als Regelungs-
problem
Die AG 1975, 1 ff
- ders. Multinationale Unternehmen und nationale
Souveränität
JuS 1968, 73 ff
- ders. Praxis des internationalen Privat- und
Wirtschaftsrechts, Reinbek 1975
- ders. Probleme der Rechtsvergleichung im Verhält-
nis Vereinigte Staaten von Amerika - Deutsch-
land, RabelsZ 1975, 5 ff
- Großfeld-Ebke Probleme der Unternehmensverfassung in
rechtshistorischer und rechtsvergleichender
Sicht, Die AG 1977, 57 ff, 92 ff
- Grossmann Jones v. Ahmanson & Co. - Die Treuepflicht
des Mehrheitsgesellschafters gegenüber der
Minderheit im amerikanischen Recht
Die AG 1975, 158 ff
- Hachenburg Aus dem Recht der Gesellschaft mit be-
schränkter Haftung, LZ 1909, 15 ff
- ders. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit
beschränkter Haftung (GmbHG)
Großkommentar, 7. Aufl., Berlin-New York 1975
- Haußmann Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht
Mannheim-Berlin-Leipzig 1928

- Haußmann Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft
Bank-Archiv (Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen)
30. Jahrgang 1930/31 S. 57 ff
- Hadari The Structure of the Private Multinational Enterprise
71 Mich. L. Rev. 731 ff (1973)
- Hadding Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters einer Personalgesellschaft
JZ 1975, 159 ff
- Hazen Transfers of Corporate Control and Duties of Controlling Shareholders - Common Law, Tender Offers, Investment Companies - and a Proposal for Reform
125 U. Pa. L. Rev. 1023 ff (1976)
- Henn Handbook of the Law of Corporations
2 nd ed. St. Paul, Minn., 1970
- Hill The Sale of Controlling Shares
70 Harv. L. Rev. 986 ff (1957)
- Hoffmann, Th. Die Klagebefugnis des GmbH-Gesellschafters (actio pro socio)
GmbH-Rdsch. 1963, 61 ff
- Hornstein Corporation, Law and Practice
St. Paul, Minn. 1959
- Hüchting Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag
Köln-Berlin-Bonn-München 1972
- Hueck Der Treuegedanke im modernen Privatrecht
München 1947
- ders. Gesellschaftsrecht
17. Aufl., München 1975
- Ihde Der faktische GmbH-Konzern
Heidelberg 1974
- Immenga Der neue Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz
BB 1977, 957 ff
- ders. Die personalistische Kapitalgesellschaft
Bad Homburg 1970
- ders. Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht
GmbH-Rdsch. 1973, 5 ff

- Immenga-Klocke Konzernkollisionsrecht. Eine Problem-
skizze auf der Grundlage des deutschen
Rechts der Unternehmensverbindungen
Zeitschrift für Schweizerisches Recht
92 I, 27 ff (1973)
- Israels The Close Corporation and the Law
33 CORNELL L.Q. 488 ff (1948)
- Jennings Trading in Corporate Control
44 Cal. L. Rev. 1 ff (1965)
- Kellmann Schadensersatz und Ausgleich im faktischen
Konzern
BB 1969, 1509 ff
- ders. Zum "faktischen Konzern" Auslegungsfra-
gen und Reformüberlegungen
ZGR 1974, 220 ff
- Kerr-Letts Appraisal Procedures for Dissenting Dela-
ware Stockholders
20 Bus. Law. 1083 ff (1965)
- Klausning Gesetz über Aktiengesellschaften und
Kommanditgesellschaften auf Aktien (Ak-
tiengesetz) nebst Einführungsgesetz und
"Amtlicher Begründung"
Berlin 1937
- Klausning Textausgabe des Reichsgesetzes betreffend
die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Berlin 1929
- Knoblau Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei
Bestehen eines Beherrschungsvertrages
nach der Regelung des neuen Aktiengesetzes
vom 6.9.1965
Diss. Würzburg 1968
- Kölner Kommentar zum AktG
1970
- Koppensteiner Faktischer Konzern und Konzentration
ZGR 1973, 1 ff
- ders. Internationale Unternehmen im deutschen
Gesellschaftsrecht
Frankfurt 1971
- Krieger Die Regierungsentwürfe zur GmbH-Reform
BB 1972, 717 ff
- Kronstein Aktienrechtliche und wettbewerbsrechtliche
Aspekte der Konzentration
Festschrift für Geßler, S. 219 ff
München 1970

- Kropff Aktiengesetz
Düsseldorf 1965
- ders. Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965
BB 1965, 1281 ff
- ders. Der "faktische Konzern" als Rechtsverhältnis
DB 1967, 2147 ff; 2204 ff
- ders. Rechtsfragen der Abfindung ausscheidender
Aktionäre
DB 1962, 155 ff
- Krückmann Ersatzklage des Aktionärs wegen Schädigung
der Aktiengesellschaft
ZHR 102, 208 ff (1936)
- Kühn Die Minderheitsrechte in der GmbH und ihre
Reform
Hamburg 1964
- Küster Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesell-
schafter, insbesondere des Stimmrechts im
Deutschen Gesellschaftsrecht
Berlin 1954
- Landgrebe Der Rechtsgedanke der actio pro socio im
Recht der GmbH
GmbH-Rdsch. 1967, 227 ff
- Lattin Minority and Dissenting Shareholder's Rights
in Fundamental Changes
23 Law and Contemp. Prob. 307 ff (1958)
- ders. Remedies of Dissenting Stockholders under
Appraisal Statutes
45 Harv. L. Rev. 233 ff (1931)
- ders. The Law of Corporation
2nd ed., Mineola, N.Y. 1971
- Leech Transactions in Corporate Control
104 U.Pa. L.Rev. 725 ff (1956)
- Lehmann Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht
auf die Gesellschaft mit beschränkter Haf-
tung
Köln 1970
- Limbach Theorie und Wirklichkeit der GmbH
Berlin 1966
- Luchterhandt Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschrei-
tenden Konzernverbindungen
Stuttgart 1971
- ders. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im
faktischen Konzern
ZHR 133, 1 ff (1970)

- Lutter Anmerkung zu BGH-Urt. v. 16.2.1970
JZ 1976, 225 ff
- ders. Zur Treuepflicht des Großaktionärs
JZ 1976, 225 ff
- ders. Rechtsverhältnisse zwischen den Gesell-
schaftern und der Gesellschaft
Probleme der GmbH-Reform, 63 ff
Köln 1970
- Mann Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht
der Aktiengesellschaft und des Konzerns
Festschrift für Barz, 219 ff
Berlin-New York 1974
- Manning The Shareholder's Appraisal Remedy: An
Essay for Frank Coker
72 Yale L.J. 221 ff (1962)
- Martens Das Konzernrecht nach dem Referentenent-
wurf eines GmbH-Gesetzes
DB 1970, 813 ff, 865 ff
- ders. Mehrheits- und Konzernherrschaft in der
personalistischen GmbH
Köln 1970
- Mc Fadyean The American Close Corporation and its
British Counterpart
14 Bus. Law 215 ff (1958)
- Mestmäcker Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der
Aktionäre
Karlsruhe 1958
- ders. Zur Systematik des Rechts der verbundenen
Unternehmen im neuen Aktiengesetz
Festschrift für Kronstein, 129 ff
Karlsruhe 1967
- Möhring Zur Systematik der §§ 311, 317 AktG
Festschrift für Wolfgang Schilling, 253 ff
Berlin-New York 1973
- Mutze Erfahrungen aus der Anwendung der Unter-
nehmensverträge des Aktiengesetzes 1965
Die AG 1967, 254 ff
- O'Neal Close Corporations - Law and Practice
Chicago 1973
- ders. Developments in the Regulation of the
Close Corporation
50 Cornell L.Q. 641 ff (1965)

- O'Neal The American Equivalent of the Private Company
3 Bus. L. Rev. 304 ff (1956)
- Neukamp Bedarf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung einer Reform?
LZ 1909, 416 ff
- Nitschke Die Geltendmachung von Gesellschaftsfor-
derungen durch den einzelnen Gesellschaft-
ter einer Personengesellschaft (Gesamt-
händerklage)
ZHR 128, 48 ff (1965)
- Note Close Corporations, Rights and Duties of
Shareholders - Fiduciary Duties among
Shareholders
61 Cornell L. Rev. 986 ff (1976)
- ders. Corporate Fiduciary Doctrine in the Con-
text of Parent-Subsidiary Relations
74 Yale L.J. 338 ff (1964)
- ders. Corporate Law - Fiduciary Duty to Minor-
ity Stockholders
59 Calif. L. Rev. 167 ff (1971)
- ders. Corporate Opportunity in the Close Corpo-
ration
56 Geo. L.J. 381 ff (1967)
- ders. Corporations. - Affiliated Corporations -
Case v. New York Central R.R.
77 Harv. L. Rev. 1142 ff (1964)
- ders. Corporations - Allocation of Subsidiary's
Tax Benefit from Consolidated Return
49 Cornell L.Q. 52 ff (1964)
- ders. Corporations - Close Corporations -
Donahue v. Rodd Electrottype Co.
89 Harv. L. Rev. 423 ff (1975)
- ders. Corporations - Rights and Powers of Mino-
rity Stockholders
83 Harv. L. Rev. 1904 ff (1969)
- ders. Corporations - California expands Majority
Shareholders Fiduciary Duty to Minority
Shareholders
24 S.W.L.J. 527 ff (1970)
- ders. Fiduciary Duties of Majority or Controlling
Shareholders
44 Iowa L. Rev. 734 ff (1959)

- Note Freezing out Minority Shareholders
74 Harvard L. Rev. 1630 ff (1961)
- ders. Jones v. Ahmanson: The Fiduciary Obligations of Majority Shareholders
70 Col. L. Rev. 1079 ff (1970)
- ders. Symposium on the Close Corporation
52 Nw. U.L. Rev. 345 ff (1957)
- ders. The Fairness Test of Corporate Contracts with Interested Directors
61 Harv. L. Rev. 335 ff (1948)
- ders. Statutory Assistance for Closely held Corporations
71 Harv. L. Rev. 1498 (1958)
- ders. The Fiduciary Duty of Controlling Shareholders
7 Western Reserve L. Rev. 467 (1956)
- ders. The Fiduciary Duties of Majority Shareholders expanded: Jones v. H.F. Ahmanson Co.
59 Geo. L.J. 209 ff (1970)
- ders. The Fiduciary Duty of Parent to Subsidiary Corporation
57 Va. L. Rev. 1223 ff (1971)
- Paehler Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns
Bielefeld 1972
- Pflüger Neue Wege der Verwaltungskontrolle im Aktienrecht
Hamburg 1969
- Pleyer Zur Haftung bei einer Strohmann GmbH - Besprechung von BGH-Urt. v. 14.12.1959
GmbH-Rdsch. 1960, 44 ff
- Pleyer-Westermann-Lieser Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht
Beilage zur GmbH-Rdsch. 1970, Heft 12, in: Centrale für GmbH Otto Schmidt, Stellungnahme zur GmbH-Reform, S. 53 ff
Köln-Marienburg
- Rasch Deutsches Konzernrecht
5. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1974
- Rathenau Vom Aktienwesen
Berlin 1917

- Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes
herausgegeben vom Bundesjustizministerium
2. Aufl., Köln-Marienburg 1969
- Rehbinder GmbH als Konzernunternehmen
in: GmbH-Reform, 127 ff
Bad Homburg 1970
- ders. Treuepflichten im GmbH-Konzern
ZGR 1976, 386 ff
- Reinhardt Gesellschaftsrecht
Tübingen 1973
- Rittner Rechnungslegung und Publizität
in: Probleme der GmbH-Reform, 133 ff
Köln 1970
- Restatement of the Law, 2d, Trusts
as adopted and promulgated by the American Law Institute
St. Paul, Minn. 1959
- Restatement of the Law of Restitution
as adopted and promulgated by the American Law Institute
St. Paul, Minn. 1937
- Rohwedder Die Novelle zum GmbH-Gesetz
ZRP 1979, 196
- Scott, Austin, Wakemann The Trustee's Duty of Loyalty
49 Harvard L. Rev. 521 ff (1936)
- Scott, Willard P. The Close Corporation in Contemporary Business
13 Bus. Law 741 ff (1958)
- Scriggins Developments in State Corporation Law
1969
25 Bus. Law 1691 ff (1970)
- Skoler Some Observations on the Scope of Appraisal Statutes
13 Bus. Law 240 ff (1958)
- Sonnenschein Der Gewinnabführungsvertrag zugunsten Dritter im Gesellschaftsrecht und im Steuerrecht
Die AG 1976, 147 ff
- Sonnenberger Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit geschäftsführender Organe von Kapitalgesellschaften - Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen, englischen und französischen Recht
GmbH-Rdsch. 1973, 25 ff

- Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft
Gefahr für die GmbH-Stellungnahme zum
Ref.E. eines neuen GmbH-Gesetzes
Bonn 1969
- Schaudwet-Paul Die gegenseitigen Treuebindungen der
GmbH-Gesellschafter
GmbH-Rdsch. 1970, 5 ff
- Schilling Anm. zu BGH Urt. vom 5.6.1975
DB 1975, 1451 ff
- ders. Entwicklungstendenzen im Konzernrecht
ZHR 140, 528 ff (1976)
- ders. Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts
Festschrift für Hefermehl, 383 ff
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1972
- Schlegelberger-
Quassowski Kommentar zum AktG
3. Aufl., Berlin 1939
- Schmidt, Hans Martin Die gegenseitige Treuepflicht der GmbH-
Gesellschafter
GmbH-Rdsch. 1960, 137 ff
- ders. GmbH und AG - Wider das Schlagwort von
der GmbH als der AG des kleinen Mannes
GmbH-Rdsch. 69, 195 ff
- Schmidt, Karsten Konzernrecht, Minderheitenschutz und
GmbH-Innenrecht
GmbH-Rdsch. 1979, 121
- Schneider The American Close Corporation and its
West German Equivalent
14 Bus. Law 228 ff (1958)
- Schleifenbaum Mehrheitsmacht und Schutz der Beteiligung
in den Aktienrechten der USA, insbesonde-
re beim Mergerverfahren, Tübingen 1969
- Schönle Nochmals: Zur Haftung bei einer Strohm-
mann GmbH
Besprechung von BGH-Urt. v. 14.12.1959
GmbH-Rdsch. 1959, 63 ff
- Scholz Treu und Glauben im Recht der GmbH
GmbH-Rdsch. 1949, 71 ff
- ders. Kommentar zum GmbH-Gesetz
6. Aufl. 1978
- Scholz-Emmerich Kommentar zum GmbH-Gesetz
6. Aufl., Köln 1979
- Scholz-Fischer GmbH-Gesetz
Kleinkommentar, 8. Aufl., Köln 1977
- Statistisches Bundesamt Statistisches Jahrbuch für die Bundesre-
publik Deutschland 1978
Stuttgart-Mainz 1978

- Wiedemann Unternehmerische Verantwortlichkeit und
formale Unternehmensziele in einer zukünftigen
Unternehmensverfassung
Festschrift für Barz, 566 ff
Berlin-New York 1974
- Winkhaus-Stratmann GmbH: The Close Corporation in Germany.
Management and Capitalization Problems
for U.S. controlled Subsidiaries
28 Bus. Law 1275 ff (1973)
- Winter Übersicht über die Ergebnisse der Umfrage
zur rechtstatsächlichen Struktur der GmbH
GmbH-Rdsch. 69, 119 ff, 145 ff
- Wishod New York Corporations
1960 Cumulative Supplement
New York 1960
- Wolany Rechte und Pflichten des Gesellschafters
einer GmbH
Köln 1964
- Würdinger Aktien- und Konzernrecht
2. Aufl., Karlsruhe 1966
- ders. Betrachtungen zum faktischen Konzern
DB 1973, 43 ff
- ders. Die GmbH als verbundenes Unternehmen und
im Konzern
in: Probleme der GmbH-Reform, 122 ff
Köln 1970
- Zöllner Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimm-
rechtsmacht bei den privatrechtlichen
Personenverbänden
München und Berlin 1963
- ders. Einführung in das Konzernrecht
Jus 1968, 297 ff

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS:

A. 2d	Atlantic Reporter, Second Series
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
ALR	American Law Reports, Annotated
Am. Jur.	American Jurisprudence
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
art.	article
App.Div.	Appellate Division
Atl.	Atlantic Reporter
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
Az.	Aktenzeichen
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bus. Law	Business Lawyer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Cal.	California
Cal.App.	California Appellate Division
Cal.Rptr.	California Reporter

Calif. L. Rev.	California Law Review
cert. den	certiorari denied
Cir.	Circuit (United States, Court of Appeals)
Co.	Company
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn.	Connecticut
Corn. L. Q.	Cornell Law Quarterly
Corn. L. Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
D.	District
DB	Der Betrieb
D.C.	District of Columbia
Del.	Delaware
Del.Ch.	Delaware Chancery
Dep't	Department
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Die AG	Die Aktiengesellschaft
Diss.	Dissertation
Dist. Ct.	District Court
ed.	edition
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
F. 2d.	Federal Reporter, Second Series
F. Supp.	Federal Supplement
Fed.	Federal Reporter
Fla	Florida
Fn.	Funote

Geo.L. J.	Georgetown Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch.	Rundschau für GmbH
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
i.d.F.	in der Fassung
Ill.	Illinois
Inc.	Incorporated
Int. Rev. Code	Internal Revenue Code
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
Jus	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
L. Ed.	Lawyers' Edition, United States Supreme Court Reports (1754-1956)
L. Rev.	Law Review
La.	Louisiana
Law and Contemp Prob.	Law and Contemporary Problems
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindemaier-Möhring
LZ	Leipziger Zeitung für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
Mass.	Massachusetts
Mfg.	Manufacturing
Mich.	Michigan

Mich.L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota
mwN	mit weiteren Nachweisen
NB	Neue Betriebswirtschaft
N.E.	North Eastern Reporter
N.E. 2d	North Eastern Reporter, Second Series
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.W.	Northwestern Reporter
N.W. 2d	Northwestern Reporter, Second Series
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.	New York
N.Y. Supp.	New York Supplement
N.Y.S. 2d	New York Supplement, Second Series
OLG	Oberlandesgericht
Okla.	Oklahoma
P. 2d	Pacific Reporter, Second Series
Pa.	Pennsylvania
Pac.	Pacific Reporter
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdn.	Randnummer
Reg. E.	Regierungsentwurf
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.I.	Rhode Island
R.R.	Railroad
Ry.	Railway
S.	Seite
S.C.	South Carolina

S.D.	Southern District
S.E.	Southern Eastern Reporter
S.E. 2d	South Eastern Reporter, Second Series
sec.	section
SEC	Securities and Exchange Commission
So.	Southern Reporter
So. 2d	Southern Reporter, Second, Series
Stanford L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statute
Sup. Ct.	Supreme Court
Suppl.	Supplement
Sw. L. J.	Southwestern Law Journal
Tex.	Texas
Tex. Civ. App	Texas Civil Appeals Court
Üb.	Überblick
U.Ill. L. F.	University of Illinois Law Forum
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
USA	United States of America
v.	versus
Va.	Virginia
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
Wash.	Washington
Wis.	Wisconsin
WM	Wertpapiermitteilungen

Yale L.J.	Yale Law Journal
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

SCHRANKEN DER MEHRHEITSHERRSCHAFT IM DEUTSCHEN
UND AMERIKANISCHEN GmbH-KONZERNRECHT

A. EINLEITUNG

I. Konzernbildung als Rechtsproblem

Nach § 17 Abs. 1 AktG sind abhängige Unternehmen rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Gem. § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG bilden herrschendes und beherrschtes Unternehmen einen Konzern, wenn sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind.

Diese Begriffsbestimmungen des Aktiengesetzes von 1965 ¹⁾ werden heute als Kern eines allgemeinen Unternehmenskonzernrechts angesehen und erfassen über das Aktienrecht hinaus u.a. auch das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Dagegen finden die weiteren konzernrechtlichen Vorschriften der §§ 291 ff AktG nur dann Anwendung, wenn die abhängige Gesellschaft in der Form einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien betrieben wird. Vom Gesetzgeber bisher nicht geregelt ist der Fall, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beherrscht wird.

Die Konzernierung eines ehemals selbständigen Unternehmens kann für die abhängige Gesellschaft u.U. weitreichende Konsequenzen haben, da sie nunmehr darauf verzichten muß, eigenständige Verwaltungsrechte auszuüben. Es besteht die Gefahr, daß die abhängige Gesellschaft in Zukunft in ihrem freien und unabhängigen unternehmerischen Wirken eingeschränkt wird. Sie hat sich den Wünschen und

1) BGBI. I, S. 1089.

Zielvorstellungen ihrer Obergesellschaft zu unterwerfen und kann veranlaßt werden, bestimmte Teilfunktionen ¹⁾ oder Aufgaben im Rahmen des Gesamtunternehmens zu erfüllen und den früheren eigenen Tätigkeitsbereich zu vernachlässigen. So können Art und Umfang der Produktion, Investitionen, Preisgestaltung, Reservenbildung, Vertrieb und die Konzentration auf bestimmte Absatzmärkte weitgehend dem entscheidenden Einfluß der herrschenden Gesellschaft unterliegen. Darüberhinaus kann die Konzernmutter die abhängige Gesellschaft auch zu bestimmten Service- oder Dienstleistungen innerhalb des Konzerns heranziehen. Es steht in der Macht der Obergesellschaft, im Einzelfall als Gegenwert zu derartigen Leistungen das Entgelt frei zu berechnen zu konzerninternen sog. Konzernverrechnungspreisen, ohne sich an den dafür üblichen Marktpreisen orientieren zu müssen. Nicht selten wird die herrschende Gesellschaft besonders befähigtes Personal in ihr Unternehmen herüberziehen. Die Zusammenfassung mehrerer Einzelunternehmen ermöglicht es der Konzernleitung durch konzerninterne Maßnahmen oder Weisungen Gewinne oder Verluste dort entstehen zu lassen, wo es aus steuerlichen oder geschäftspolitischen Gründen am besten in das unternehmerische Gesamtkonzept paßt.

Besonders betroffen von derartigen möglichen negativen Auswirkungen einer Konzernierung sind die Minderheitsgesellschafter der abhängigen Gesellschaft, die außerhalb des Konzerns stehen ²⁾. Ihr Einfluß in ihrer Gesellschaft wird durch die Eingliederung in einen bestehenden Konzern geschwächt, da die abhängige Gesellschaft nunmehr

-
- 1) Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 79.
 - 2) Daher wurde für sie der Begriff "Außenstehende Gesellschafter" geprägt, vgl. Rasch, Konzernrecht, S. 147.

weitgehend den Interessen der Obergesellschaft unterworfen wird. Das Gewicht der Mitgliedschaftsrechte wird durch den Verbund mit einem Konzernunternehmen verringert. Dieser Verlust kann nur ausgeglichen werden durch eine gleichzeitige Stärkung der Position der Minderheitengesellschafter.

Die Gesellschafter einer abhängigen GmbH treffen die Folgen einer Konzernbildung i.d.R. viel unmittelbarer als etwa die Aktionäre einer Publikumsgesellschaft. Dies hängt zunächst mit den vielfach vorhandenen persönlichen Bindungen der Gesellschafter an "ihr" Unternehmen zusammen. Im Regelfall haben die Gesellschaften mbH nur eine geringe und überschaubare Anzahl von Gesellschaftern, die z.T. in der Geschäftsführung persönlich tätig sind ¹⁾. Einen weiteren Grund für einen verstärkten Minderheitenschutz innerhalb eines GmbH-Konzerns betrifft das dort geltende System der Vermögensbindung. Ein Aktionär kann bei ihm nicht genehmen Verbindungen mit anderen Unternehmen i.d.R. seine Anteile über die Börse absetzen. Die Fungibilität seiner Aktie ermöglicht es ihm, jederzeit aus seiner Gesellschaft auszusteigen. Ein solcher "Austritt über die Börse" ²⁾ ist einem GmbH-Gesellschafter nicht möglich. Für die Gesellschaftsanteile insbesondere auch kleinerer (Familien-)Gesellschaften besteht so gut wie kein öffentlicher Markt. Der GmbH-Gesellschafter wird nur in seltenen Fällen in der Lage sein, unerwünschten Entwicklungen innerhalb des Konzerns, dem er als Minderheitengesellschafter der beherrschten Gesellschaft verbunden ist, durch den Verkauf seiner Gesellschaftsanteile zu begegnen. Daher ist die Frage, wie der Minderheitengesellschaf-

1) Vgl. dazu: Winter, Übersicht über die Ergebnisse der Umfrage zur rechtstatsächlichen Struktur der GmbH, GmbH-Rdsch. 1969, 119 ff, 145 ff.

2) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 231.

ter vor nachteiligen Folgen der Konzernierung geschützt werden kann, zum Kernproblem der Diskussion um ein GmbH-Konzernrecht geworden. Die Rechte der Minderheitsgesellschafter müssen nicht zuletzt auch deshalb besonders geschützt werden, weil diese mangels genügenden Einflusses in der Gesellschafterversammlung oft nicht in der Lage sind, sich der Eingliederung ihres Unternehmens in einen Konzern zu erwehren. So können sie sich plötzlich in einem Unternehmensverband wiederfinden, der sich erheblich von den Zielen und Geschäftsgebaren der Ursprungsgesellschaft unterscheidet.

II. Gang der Darstellung

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein, der Frage nachzugehen, inwieweit innerhalb eines Konzerns die herrschende Gesellschaft schädigende oder nachteilzufügende Weisungen an die abhängige Gesellschaft richten kann. Dabei sind die Schranken der Mehrheitsherrschaft der herrschenden Gesellschaft in einem GmbH-Konzernrecht aufzuzeigen.

Die Arbeit befaßt sich in ihrem ersten Teil mit dem Problem, inwieweit de lege lata außerhalb eines kodifizierten GmbH-Konzernrechts in Deutschland Begrenzungen der Mehrheitsherrschaft mit den Mitteln traditioneller Rechtsregeln oder der Anwendung entsprechender zivilrechtlicher oder aktienrechtlicher Grundsätze gezogen werden können.

De lege ferenda bestehen im gegenwärtigen Zeitpunkt keine konkreten gesetzgeberischen Pläne zur Kodifizierung eines GmbH-Konzernrechts. Der Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes ¹⁾ ist in seiner ursprünglichen Form im Laufe des Gesetzgebungsver-

1) Reg. E. eines neuen GmbHG (Bundestagsdrucksache 7/253).

fahrens gescheitert und wird z.Zt. nicht mehr weiterverfolgt ¹⁾. Dennoch soll auf die konzernrechtlichen Vorstellungen dieses Entwurfs näher eingegangen werden. Die Diskussion um eine umfassende Reform hat trotz aller Kontroversen den Blick für die Notwendigkeiten und Schwierigkeiten eines zukünftigen GmbH-Konzernrechts geschärft. Da der Regierungsentwurf sich eng an das aktienrechtliche Vorbild anlehnte, was ihm u.a. den Vorwurf mangelnder legislatorischer Unbefangenheit einbrachte ²⁾, drängt sich die Frage auf, inwieweit das aktienrechtliche Vorbild noch Maßstab für eine zukünftige moderne gesetzliche Regelung sein kann.

In dieser Situation der ungewissen Zukunft eines geschriebenen Konzernrechts hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 5. Juni 1975 ³⁾ in der sog. ITT-Entscheidung ein Signal für die Gestaltung eines zukünftigen GmbH-Konzernrechts gesetzt. Unter Aufgabe seines bisherigen Standpunkts hat der BGH erstmals das Vorhandensein einer Treuepflicht unter den Gesellschaftern einer GmbH anerkannt und den Minderheitsgesellschaftern bei Verletzung dieser Verpflichtung ein selbständiges Klagerecht eingeräumt. Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es nicht zuletzt sein, aufzuzeigen, inwiefern ein unbestimmter Rechtsbegriff wie die gesellschaftliche Treuepflicht geeignet sein kann, zur Lösung konzernrechtlicher Mehrheits-/Minderheitskonflikte beizutragen. Vorrangig kommt es dabei heute nicht mehr auf die rechtssystematische Begründung, sondern vielmehr auf eine inhaltliche Ausgestaltung und

1) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 230.

2) Rehbindner, GmbH als Konzernunternehmen, GmbH-Reform, S. 144.

3) Az: II ZR 23/74 = BGHZ 65, 15.

Eingrenzung der Treuepflichten an. Bei dieser Aufgabe kann ein Blick auf das Konzernrecht der U.S.A. außerordentlich hilfreich sein. Gerade im amerikanischen Recht hat der Gesichtspunkt einer Treuepflicht des Großgesellschafters zur Begrenzung konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft seine besondere Ausprägung erhalten.

1. Hauptteil: Die GmbH- Konzernrecht in Deutschland

B. Die GmbH im Überblick

I. Die Geschichte der GmbH-Reform

"Der Ruf nach einer Reform der GmbH ist so alt wie die GmbH selbst" ¹⁾ und "Die Geschichte der GmbH ist eine Geschichte ihrer Reformen" ²⁾ - diese Schlagworte haben stets die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf ihrem Weg durch die verschiedenen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Systeme hindurch begleitet. Der Keim für die nicht enden wollenden Wünsche und Forderungen nach einer Reform ³⁾ ist bereits in der Entstehungsgeschichte des GmbH-Gesetzes angelegt ⁴⁾. Im Gegensatz zu den beiden älteren Gesellschaftsformen der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als eigenständige Gesellschaftsform ohne eine kontinuierliche, teilweise bis in das Mittelalter zurückreichende Entwicklung und Tradition in

1) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht (1. Aufl. 1973), S. 169; Emmerich, Der Regierungsentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes, JuS 1973, 520; Kühn, Die Minderheitsrechte in der GmbH u. ihre Reform, S. 37.

2) Kühn, a.a.O.; vgl. allgemein: Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966, 102 ff.

3) So wurden bereits 1909 erste Vorschläge für eine Reform des GmbH-Rechts unterbreitet, vgl. Hachenburg, LZ 1909, 15; Neukamp, LZ 1909, 416.

4) Zur Entstehungsgeschichte vgl. Kühn, S. 13; Dreher, Die GmbH (1931), S. 17; Schilling in Hachenburg, Einl. Anm. 1; Martens, Mehrheits- u. Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, S. 25.

der Wirtschaftspraxis und ohne ein gesellschaftsrechtliches Vorbild die eigenständige Kreation des Gesetzgebers. Sie ist damit mehr ein künstliches Gebilde.

Bereits im Vorfeld der erstmaligen Gesetzesverabschiedung im Jahr 1892 war hart umstritten, ob die infolge tiefgreifender wirtschaftlicher Veränderungen notwendig gewordene neue Gesellschaftsform als eine Personengesellschaft mit beschränkter Haftung oder aber als eine Spielart der Aktiengesellschaft, allerdings mit minder schweren Anforderungen an Gründer und Gesellschafter, ausgestaltet werden sollte ¹⁾.

Der vom Reichsjustizministerium vorgelegte und vom Reichstag verabschiedete Gesetzesentwurf versuchte einen "Mittelweg zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als äußerste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellende Aktiengesellschaft" ²⁾ zu gehen. Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde ohne Anlehnung an bestimmte Vorbilder geschaffen in der Absicht, die wirtschaftlichen Vorteile verschiedener Gesellschaftsformen miteinander zu verbinden. Auf die strengen aktienrechtlichen Vorschriften und die unbeschränkte Haftung wie bei der offenen Handelsgesellschaft wurde verzichtet ³⁾. Es sind jedoch in dem gesetzlich ausgeprägten Normalstatut in den Grundzügen

1) Die damalige Diskussion spiegelt sich wider in der Kontroverse der beiden Vertreter dieser Extrempositionen, der Abgeordneten Oechelhäuser und Hamacher, dazu: Dreher, a.a.O., S. 18 u. 19; Gessler, Probleme der GmbH-Rechtsform, GmbH-Rdsch. 1966, 102; Martens, Mehrheits- u. Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, S. 27.

2) Begründung des Reichsjustizamtes zum Entwurf eines GmbHG, Berlin 1892, S. 29.

3) Dreher, Die GmbH, S. 18.

gewisse Ähnlichkeiten mit der aktienrechtlichen Regelung nicht zu verkennen ¹⁾ Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist allerdings nicht eine Synthese oder ein Konglomerat aus verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Auffassungen geworden ²⁾. Vielmehr gibt das GmbH-Gesetz für die zu errichtende Gesellschaft nur den Rahmen her, der jeweils durch Gesellschaftsvertrag und Satzung für den geplanten Einzelfall konkretisiert werden kann. Diese Zwitterstellung zwischen personalistischer und kapitalistischer Gesellschaftsform bewirkte, daß Vertreter bald der einen, bald der anderen Richtung versuchten, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mehr einer der beiden Extremformen anzunähern, und dafür eintraten, dies auch gesetzlich zum Ausdruck zu bringen. Diese Auseinandersetzung zieht sich wie ein roter Faden durch die Gesellschaftshistorie der letzten 85 Jahre und findet in der Reformdiskussion um die Schaffung eines neuen GmbH-Gesetzes ihren erneuten Widerhall.

In der Nachkriegszeit stand zunächst die Reform des Aktiengesetzes im Vordergrund. Die 1937 geänderte Fassung hatte den neuen politischen und wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Diese Arbeiten wurden mit der Schaffung des Aktiengesetzes von 1965 abgeschlossen. Erstmals enthielt das neue Aktiengesetz dabei in den §§ 15 ff und 291 ff auch eine Kodifizierung des Rechts der verbundenen Unternehmen (Konzernrecht).

Anschließend wandte sich der Gesetzgeber der Reformierung des GmbH-Gesetzes zu. Nach umfangreichen

1) Hans-Martin Schmidt, GmbH und AG-Wider das Schlagwort von der GmbH als der "AG des kleinen Mannes", GmbH-Rdsch. 1969, 195.

2) Martens, a.a.O., S. 25.

Vorarbeiten wurde im Jahr 1969 ein Referentenentwurf ¹⁾ der Öffentlichkeit vorgestellt. Dieser Referentenentwurf enthielt u.a. auch die geplante Regelung eines GmbH-Konzernrechts. Er sollte Schrifttum und wirtschaftliche Praxis zu Stellungnahmen und Diskussionen anregen und stieß auf teilweise vehemente Kritik und fast einhellige Ablehnung.

Innerhalb der vorgeschlagenen Gesetzesnovellierungen stellte sich das geplante Recht der verbundenen Unternehmen als derjenige Problemkreis dar, der von allen die Reform des GmbH-Gesetzes betreffenden Fragen am schwierigsten gesetzlich zu regeln ist. Demzufolge entzündete sich die Kritik vor allem an den gesetzgeberischen Vorstellungen für ein umfassendes GmbH-Konzernrecht.

Ende 1971 brachte die Bundesregierung in den Bundestag den Regierungsentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes ²⁾ ein, der sich noch eng an das Modell des Referentenentwurfs anlehnte. Obwohl Sprecher aller drei im Bundestag vertretenen Parteien grundsätzlich eine Reform des geltenden GmbH-Rechts für dringend erforderlich hielten ³⁾, kam dieser Entwurf über eine erste Lesung im Bundestag nicht hinaus ⁴⁾. Seit 1974 wird der Regierungsentwurf, der eine umfassende Neuregelung vorsah, nicht mehr weiterverfolgt. Im März 1977 legte der Bundesminister der Justiz der Wirtschaft einen Vorentwurf für ein Gesetz zur Änderung des GmbHG vor. Diese Novelle sollte im

1) Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, 2. Aufl., 1969.

2) Bundestagsdrucksache VI 3088 = Bundesratsdrucksache 595 (1971).

3) Deutler, Novellierung des GmbH-Gesetzes, GmbH-Rdsch. 1977, 73.

4) Schulz-Fischer, GmbH-Gesetz, Vorwort S. 5.

wesentlichen eine Verbesserung des Gläubigerschutzes durch Erhöhung der Stammeinlage, eine Verbesserung des Minderheitenschutzes, Regelungen über die Einmann-Gesellschaft sowie Regelungen über die Verschmelzung von GmbH's mit anderen Gesellschaften enthalten. Auf die bis zuletzt umstrittene Gestaltung eines eigenständigen GmbH-Konzernrechts wurde verzichtet. Damit war das Konzept einer umfassenden GmbH-Reform aufgegeben.

Z.Zt. ist noch ungeklärt, ob und gegebenenfalls in welcher Gestalt die Bundesregierung das Ziel einer Gesamtreform des GmbH-Gesetzes weiterverfolgen und ob dies weiterhin auf der Grundlage des Regierungsentwurfs von 1971 geschehen wird. Der Grund für das Scheitern einer umfassenden Neuregelung des GmbH-Gesetzes ist sicher nicht allein in der Überlastung des Gesetzgebers oder der vorrangigen Arbeit an dringenderen Gesetzentwürfen zu suchen ¹⁾. Hauptursache war vielmehr die Unmöglichkeit, einen Konsens oder annehmbaren Kompromiß von Gesetzgeber, Lehre und Wirtschaftspraxis über die Grundkonzeption einer Neuregelung zu erreichen. Die Bundesregierung mußte immer mehr Abstriche von dem ursprünglichen Konzept einer Gesamtnovellierung machen. Der Versuch, lediglich eine Teillösung herbeizuführen, konnte bisher ebenfalls nicht verwirklicht werden. Dies hat der Regierung den Vorwurf eingetragen, sie betätige sich in der Frage der GmbH-Reform zunehmend als "Krisenmanagement" ²⁾.

1) Eder-Berg-Gottschling-Gaul, Handbuch der GmbH, S. 14/2.

2) Immenga, Der neue Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz, BB 1977, 957.

II. Die GmbH in der wirtschaftlichen Praxis

1. Das rechtstatsächliche Erscheinungsbild

Die Wahrheit über den Rechtscharakter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist methodisch nicht allein in rechtstheoretischen oder rechtsgeschichtlichen Erörterungen zu ergründen, sondern in Ergebnis und Würdigung der im Wirtschaftsleben zu ermittelnden Rechtstatsachen. Prüfstein der Ausgestaltung eines zukünftigen GmbH-Rechts ist die Frage, ob die geplanten Regelungen den Bedürfnissen der Praxis gerecht werden. Nur wenn festgestellt ist, in welcher Weise die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der täglichen Wirtschaftspraxis genutzt wird, werden zutreffende Aussagen über die Zukunft der Gesellschaft im allgemeinen und insbesondere auch im Konzernverband gemacht werden können. Eine rechtstatsächliche Erforschung ist daher unentbehrliche und notwendige Vorarbeit für den reformierenden Gesetzgeber. Einzig eine Gesetzesreform, die auch den Bedürfnissen und Gegebenheiten der Praxis entspricht, hat eine Chance, in der wirtschaftlichen Praxis auch angenommen zu werden. Nur so kann eine Reform auch die zur Lösung anstehender Probleme notwendige Effektivität erreichen, ohne daß es zu unerwünschten Umgehungen der gesetzgeberischen Vorstellungen kommt.

Das rechtstatsächliche Erscheinungsbild der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Deutschland ist bereits mehrfach Gegenstand statistischer Untersuchungen gewesen. Die älteste Untersuchung stammt von Fränkel aus dem Jahr 1915 ¹⁾, weitere Arbeiten folgten von Bauer ²⁾, Dreher ³⁾,

1) Fränkel, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 149 ff.

2) Baur, GmbH-Rdsch. 1920, S. 19.

3) Dreher, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1931), S. 25.

Liebel ¹⁾, Otto Schmidt ²⁾ und vom Statistischen Reichsamt ³⁾. Jüngere Forschungsarbeiten liegen vor von Limbach ⁴⁾ (auf Berlin beschränkt) sowie von Winter ⁵⁾ aus dem Jahre 1967 und vom Bundesjustizministerium ⁶⁾.

Von besonderem Interesse - auch im Zusammenhang mit der Konzernrechtsproblematik - sind vornehmlich die Antworten auf zwei Fragen:

- 1) Wie groß ist die Anzahl der Gesellschafter?
und
- 2) In welchem Umfang sind die Gesellschafter persönlich in der Geschäftsführung der Gesellschaft tätig?

Bezüglich der Anzahl der Gesellschafter ergibt sich nach den verschiedenen Umfragen folgendes Bild:

ANZAHL d.Ge- sellschafter	WINTER	LIMBACH	Bundesjustiz- ministerium	FRÄNKEL	DREHER
1	21,9%	8,9%	23,2%	10,2%	27,2%
2-5	67,7%	65,6%	68,8%	65,5%	68,0%
6-10	6,2%	2,3%	4,4%	11,8%	2,6%
mehr als 10	4,1%		3,6%	12,5%	2,2%

Martens ⁷⁾ errechnet aus diesen Angaben einen statistischen Mittelwert von 66,4% für Gesellschaften

- 1) Liebel, Die wirtschaftliche Struktur der GmbH, zitiert nach Martens, DB 1970, 814.
- 2) Otto Schmidt, GmbH-Rdsch. 1934, 195, 196.
- 3) Zitiert nach Kühn, Die Minderheitsrechte in der GmbH u. ihre Reform, S. 16.
- 4) Limbach, Theorie u. Wirklichkeit der GmbH, S. 36.
- 5) Winter, Übersicht über die Ergebnisse der Umfrage zur rechtstatsächlichen Struktur der GmbH, GmbH-Rdsch. 1969, 119 ff, 145 ff.
- 6) Zitiert bei Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966, 102, 104.
- 7) Martens, Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, DB 1970, 814; ders., Mehrheits- u. Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, S. 29.

mit 2-5 Gesellschaftern und von 3,4% für Gesellschaften mit mehr als 10 Gesellschaftern.

Bei aller gebotenen Skepsis gegenüber Auswahlverfahren und repräsentativem Querschnitt der zugrundeliegenden Umfragen ergibt sich jedoch aus diesen Zahlen ein in der Tendenz einheitliches Bild. Es fällt auf, daß die jüngsten Umfragen trotz aller inzwischen eingetretenen wirtschaftlichen Veränderungen von den älteren, z.T. über sechzig Jahre zurückliegenden Untersuchungen in erstaunlicher Weise bestätigt werden.

Nach den Erhebungen des Bundesjustizministeriums ¹⁾ sind bei 67,1% der Gesellschaften die Gesellschafter zugleich Geschäftsführer, bei 20,8% sogar sämtliche Gesellschafter. Winter ²⁾ gibt für Gesellschaftergeschäftsführer einen Anteil von 68,7% an, Limbach ³⁾ 72,0%. Der von Martens ⁴⁾ dazu errechnete Mittelwert beträgt 69,5%.

Wichtig für eine exakte rechtstatsächliche Beurteilung ist auch die Frage nach der Größe der bestehenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Diese Frage läßt sich am besten beantworten im Hinblick auf die Höhe des vorhandenen Stammkapitals. Nach den Ergebnissen der Umfrage der Centrale für GmbH ⁵⁾ entfallen auf Gesellschaften mit einem Stammkapital

von 20 000 DM	34%
mehr als 20 000-50 000 DM	17%
mehr als 50 000-100 000 DM	12,5%
mehr als 100 000-500 000 DM	19%
mehr als 500 000- 1 000 000 DM	5,9%
mehr als 1 000 000 DM	11,6%

1) Vgl. Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966, 104.

2) Winter, a.a.O., GmbH-Rdsch. 1969, 119, 145.

3) Limbach, a.a.O., S. 36.

4) Martens, a.a.O., DB 1970, 814.

5) Winter, a.a.O., GmbH-Rdsch. 1969, 119 ff.

Auf die Gruppe der kleinen Gesellschaften mit einem Stammkapital bis 100 000 DM entfallen nach diesen Angaben annähernd 2/3 der an der Umfrage beteiligten Gesellschaften.

2. Die GmbH im Konzernverband

Ungleich spärlicher ist statistisches Material vorhanden über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Konzernverband, d.h. über die Zahl der GmbH-Konzerne bzw. über die Zahl der von anderen Unternehmen beherrschten Gesellschaften. Dies hat seinen Grund hauptsächlich darin, daß GmbH-Konzerne, von einigen Ausnahmen im Publizitätsgesetz abgesehen, bisher keiner Pflicht zur Offenlegung von Bilanzen und Geschäftsberichten unterliegen.

Fast sämtliche Stellungnahmen zu den Problemen einer GmbH-Reform beginnen mit der bedauernden Feststellung ¹⁾, daß man bezüglich Anzahl, Größe und Verbreitung von GmbH-Konzernen weitgehend im Dunkeln tappe. Vorsichtige Schätzungen beziffern den Anteil derjenigen Gesellschaften, die in irgendeiner Weise mit anderen Unternehmen verbunden sind, auf 30-40 Prozent ²⁾ bei einer Gesamtzahl von 130 000 - 140 000 Gesellschaften. Unter den GmbH-Konzernen befinden sich zahlreiche kleinere Konzerne in der Form von Familienkonzernen ³⁾. Weitgehende Einigkeit besteht

1) Limbach, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, S. 12, 16ff; Eder, Der GmbH-Konzern in der Unternehmenspraxis, GmbH-Rdsch. 1970, 249; Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, S. 3, 5.

2) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 231; Scholz-Emmerich, GmbHG, 6. Aufl., Anh. II, Rdn. 5.

3) Scholz-Emmerich, a.a.O., Rdn. 6. Erste Ansätze zu einer Erforschung der Wirtschaftspraxis finden sich allein bei Pleyer-Westermann-Lieser, Tatsachen u. Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht, Beilage zur GmbH-Rdsch. 1970, Heft 12. Die von diesen Autoren vorgenommene Umfrage beschränkt sich auf 26 Einzelfälle u. berücksichtigt ausschließlich Großunternehmungen. Das Ergebnis dieser Umfrage kann damit keinesfalls als repräsentativ bezeichnet werden, zumal Hauptgegenstand der Untersuchung die Frage war, inwieweit die aktienrechtl. Regelung auf die Verhältnisse im Recht der GmbH

darüber, daß das größte Kontingent aller konzernmäßig beherrschten Gesellschaften aus Gesellschaften mit beschränkter Haftung besteht ¹⁾, weil letztere sich besser als die Aktiengesellschaft zur Konzernbildung eignen. Dies hat seine Ursache darin, daß die Gesellschafterversammlung und mit ihr wiederum die Mehrheit der Gesellschafter auf die Gesellschaft einen starken und unmittelbaren Einfluß ausüben kann ²⁾. Dieser Einfluß besteht nahezu unbeschränkt bei kleineren Gesellschaften, weil bei ihnen nach dem Betriebsverfassungsgesetz ein Aufsichtsrat mit der damit verbundenen zusätzlichen Kontrollfunktion nicht vorgesehen ist.

GmbH-Konzerne sind jedoch keineswegs entsprechend dem Bild von der Gesellschaft mit beschränkter Haftung als kleiner Familiengesellschaft auf kleinere oder mittelständische Betriebe beschränkt. GmbH-Konzerne im deutschen Rechtsraum sind nicht nur die kleine Gesellschaft mit angegliederter Vertriebs-, Einkaufs- oder Entwicklungsgesellschaft, sondern z.B. auch die Fried. Krupp GmbH ³⁾, die Bosch-Gruppe, die Persil-Henkel-Gruppe oder die deutsche Unilever-Gruppe.

Das Erscheinungsbild der GmbH-Konzerne ist zwiespältig. Während bei den kapitalistischen Großunternehmen, die in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert sind, in Struktur und Aufbau der Konzerne

-
- 1) Gäbelein, Das GmbH-Konzernrecht in der Praxis, Der GmbH-Konzern, S. 52.
 - 2) Gäbelein, a.a.O., S. 53.
 - 3) Rehbindner, GmbH als Konzernunternehmen, GmbH-Reform, S. 130.

gewisse Parallelen zu den reinen Aktien-Konzernen unverkennbar sind ¹⁾, unterliegen die kleineren Konzerngesellschaften z.T. eigenen Gesetzmäßigkeiten.

Zumindest bis zum Jahr 1975 sind Rechtsstreitigkeiten zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern innerhalb von GmbH-Konzernen in der gerichtlichen Praxis nicht aufgetreten. Dieser Umstand führte von verschiedenen Seiten wie z.B. dem deutschen Anwaltverein ²⁾ und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft ³⁾ zu der Auffassung, eine umfassende Neukodifizierung eines GmbH-Konzernrechts sei daher entbehrlich. In der Tat haben Unternehmensverbindungen im Bereich des GmbH-Konzernrechts selten rechtliche Schwierigkeiten bereitet. Ernstzunehmende Differenzen zwischen herrschendem und beherrschtem Unternehmen sind bisher kaum an das Licht einer breiten Öffentlichkeit oder vor die Schranken des Gerichts gelangt. Auch schadensstiftende oder nachteilsauslösende Handlungen einer Gesellschaftermehrheit gegenüber einer machtlosen Minderheit sind nahezu unbekannt. Dies gilt selbst für so konfliktträchtige Fragen wie Dividenpolitik, Kapitalerhöhung, Investitionen oder Verkauf der Mehrheitsanteile. Es wird die Auffassung vertreten, daß sich die Parteien "arrangieren" ⁴⁾, da es kaum im Interesse einer Muttergesellschaft sein könne, die abhängige Tochtergesellschaft zu schädigen ⁵⁾. Die Muttergesellschaft könne nämlich schon aus wohlverstandenen Eigeninteresse ihre Tochtergesell-

1) Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht, Der GmbH-Konzern, S. 5.

2) Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, S. 5.

3) Gefahr für die GmbH-Stellungnahme zum Ref.E. eines neuen GmbH-Gesetzes, Bonn 1969, S. 79; vgl. auch Barz in Hachenburg, § 13 Anh.II, Anm. 8; Eder, Der GmbH-Konzern in der Unternehmenspraxis, GmbH-Rdsch. 1970, 249, 250.

4) Centrale für GmbH, Stellungnahme zur GmbH-Reform, S.13; Eder, a.a.O., S.250; Barz in Hachenburg, § 13 Anh. II, Anm. 46.

5) Eder, a.a.O., S. 250.

schaft nicht in Konkurs gehen lassen. Spätestens seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in dem sog. ITT-Fall ¹⁾ ist diese Argumentation jedoch nicht mehr aufrechtzuerhalten.

III. Die GmbH - eine personalistische Gesellschaftsform.

Der Stellenwert, den die GmbH im System der handelsrechtlichen Gesellschaften einnimmt, ist nach wie vor noch umstritten und ungeklärt. Insbesondere die Abgrenzung zur Aktiengesellschaft bereitet weiterhin große Schwierigkeiten. Stets wird bei der Erörterung der Rechtsnatur der GmbH diese mit der AG verglichen und ihr dem Wesen nach mehr oder weniger gleichgestellt. So bezeichnen Schilling ²⁾, Brodmann ³⁾, Vogel ⁴⁾, Feine ⁵⁾ und Klausning ⁶⁾ die GmbH als AG ohne Aktien, als "kleine" oder "vereinfachte" Aktiengesellschaft. Schilling ⁷⁾ stellt dabei fest, daß die GmbH in ihren Grundprinzipien der AG gleiche. Baumbach ⁸⁾ spricht von einer Abart der AG und leicht abschätzig wird die GmbH von Gierke sogar als "jugendliche" ⁹⁾ oder "leichtgeschürzte" ¹⁰⁾ Tochter der AG bezeichnet.

Dazu im Gegensatz stehen diejenigen, die der Rechtsform der GmbH eine eigene, in der Mitte zwischen den

1) Urteil vom 5.6.1975 = BGHZ 65, 14.

2) Schilling in Hachenburg, Allgem. Einleitung, Anm. 13.

3) Brodmann, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930, § 1 Anm. 1.

4) Vogel, GmbH-Gesetz, Einleitung, S. 23.

5) Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 44.

6) Klausning, Textausgabe, Einl. S. XXVIII.

7) Schilling, a.a.O.

8) Baumbach-Hueck, GmbHG, Einl. Anm. 3.

9) J.v. Gierke, Handelsrecht, S. 406.

10) J.v. Gierke, a.a.O., S. 410.

Extremen Aktiengesellschaft und Offene Handelsgesellschaft liegende Stellung zuerkennen ¹⁾ und davor warnen, durch die Reform die Gesellschaft mit beschränkter Haftung erst von einer selbständigen Gesellschaftsform zu einer "kleinen" Aktiengesellschaft auszugestalten ²⁾.

Das Gesellschaftsrecht unterscheidet allgemein zwischen Kapital- und Personengesellschaften. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal besteht darin ³⁾, daß bei der Kapitalgesellschaft die Kapitalbeteiligung der Gesellschafter als Kapitalanlage im Vordergrund steht und demgegenüber die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters und seine eventuelle Mitarbeit in der Gesellschaft zurücktreten. Dieser Tatbestand führte zu einer Entwicklung, die durch das Schlagwort von der Trennung zwischen Unternehmensbesitz und Unternehmensleitung ⁴⁾ gekennzeichnet wird.

Für die Personalgesellschaften dagegen ist wesentliches Merkmal die persönliche Mitgliedschaft und Mitarbeit der Gesellschafter. Dies drückt sich i.d. R. dadurch aus, daß die Geschäfte der Gesellschaft durch die Gesellschafter wahrgenommen werden. Demgegenüber tritt die Kapitalbeteiligung bei dieser Gesellschaftsform mehr in den Hintergrund.

1) Amtl. Begründung zum GmbHG, S. 35.

2) Centrale für GmbH, Die GmbH darf keine kleine AG werden, GmbH-Rdsch. 1969, 95 ff; Hanns-Martin Schmidt, GmbH und AG - Wider das Schlagwort von der GmbH als der AG des kleinen Mannes, GmbH-Rdsch. 1969, 195.

3) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 8.

4) Vgl. dazu aus dem amerikanischen Schrifttum die Arbeit von Berle-Means, The Modern Corporation and Private Property (1932), S. 120.

Richtet man an diesen Begriffsmerkmalen die Ergebnisse der rechtstatsächlichen Untersuchungen aus, so gilt festzuhalten, daß bei der Mehrzahl aller Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Charakteristika der Personengesellschaft überwiegen ¹⁾. Die geringe Anzahl der Gesellschafter von überwiegend nur bis zu fünf Gesellschaftern und die persönliche Mitarbeit in der Geschäftsführung deuten auf die personenbezogene Ausgestaltung der Gemeinschaft der Gesellschafter. Bei einer derartig geringen Anzahl von Gesellschaftern ist naturgemäß die Verbundenheit der Gesellschafter untereinander und dieser wiederum mit der Gesellschaft im Gegensatz zur Aktiengesellschaft besonders eng. In letzterer stehen sich die einzelnen Gesellschafter als Aktionäre infolge der großen Zahl im wesentlichen anonym gegenüber.

Sämtliche rechtstatsächlichen Untersuchungen zeigen insoweit ein einheitliches Bild, als die Zahl der individualistischen oder personalistischen Gesellschaften bei weitem überwiegt ²⁾. Rund 2/3 der Gesellschaften müssen dem personalistischen Gesellschaftstyp zugerechnet werden, nur 3-4 Prozent dagegen ähneln infolge ihrer Größe kapitalistischen Großunternehmungen ³⁾. Vergleicht man diese Zahl jedoch mit der Gesamtzahl der 133 389 Gesellschaften mit beschränkter Haftung ⁴⁾, zeigt sich die bedeutsame Stellung auch der kapitalistischen Gesellschaft, zumal die Gesamtzahl der Aktiengesellschaften derzeit

-
- 1) Martens, Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, DB 1970, 814; Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966, 104.
 - 2) Vgl. dazu: Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg, 1970.
 - 3) Immenga, a.a.O., S. 15 ff; Emmerich-Sonnenschein, S. 166; Kühn, S. 9 ff; Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht, S. 5; a.A. Schilling, Entwicklungstendenzen im Konzernrecht, ZHR 140, 528 (1976), der diese Zahl nur auf einige Hundert schätzt.
 - 4) Stand v. 31.12.1977, Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1978, S. 112.

nur 2189 beträgt ¹⁾.

Die gesetzliche Ausgestaltung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung darf sich nach den genannten Untersuchungen nicht allein am Beispiel der Aktiengesellschaft orientieren, sondern muß auch den Verwandtschaftsgrad zu den Personalgesellschaften berücksichtigen.

Einmal unterstellt, daß bei einer Reform des GmbH-Gesetzes und damit auch des Konzernrechtes nur eine einheitliche Lösung unter Verzicht auf Differenzierungen nach Betriebsgrößen akzeptabel ist, ist damit der Rahmen für eine anstehende GmbH-Reform vorgegeben. Eine gesetzgeberische Reform muß so gestaltet werden, daß die Bestimmungen sowohl für die personalistische als auch für die kapitalistische Ausformung dieser Gesellschaftsform Anwendung finden können. In dieser Forderung liegt zugleich auch eine der Hauptschwierigkeiten für die anstehende Gesetzesnovellierung und einer der Gründe dafür, daß trotz fast zehnjähriger z.T. heftiger Diskussion ein gemeinsamer Nenner von Literatur und Gesetzgeber noch nicht gefunden werden konnte. Es gilt eine Lösung zu suchen, die sowohl für die kleinen (Familien-) Konzerne als auch für die große, kapitalistisch ausgestaltete Gesellschaft akzeptabel und praktikabel ist.

Ein realitätsnahes GmbH-Konzernrecht sollte somit eine ungeheure Spannweite aufweisen ²⁾. Das gesetzliche Normalstatut muß von dem individualistischen Charakter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgehen, zugleich aber so elastisch gestaltet sein, daß die Gesetzesvorschriften auch auf den Ausnahmefall der kapitalistisch ausgerichteten Gesell-

1) A.a.O., S. 110.

2) Rehbindner, Die GmbH als Konzernunternehmen, S. 129.

schaft ohne Schwierigkeiten Anwendung finden können ¹⁾.

IV. Die Mechanismen der Mehrheitsherrschaft

1. Das Weisungsrecht der Gesellschafter

Das GmbHG kennt mit der Gesellschafterversammlung und den Geschäftsführern nur zwei obligatorische Organe ²⁾. Gem. §§ 45 ff GmbHG kommt der Gesellschafterversammlung dabei die dominierende Rolle zu. Die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bilden in ihrer Gesamtheit das oberste Willensbildungsorgan der Gesellschaft. In den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung kommt der bestimmende Wille der Gesellschaft zum Ausdruck ³⁾, der dann durch die von den Gesellschaftern mehrheitlich bestellten Geschäftsführer in die Tat umgesetzt wird.

Alle wichtigen Entscheidungen werden durch die Gesellschafter in der Hauptversammlung getroffen. Insofern spricht man auch von der Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafter können hier den Geschäftsführern Weisungen erteilen, an die diese gebunden sind (§ 37 I GmbHG). Wer über die Stimmenmehrheit in diesem Gremium verfügt, kann die Bestellung der Geschäftsführer jederzeit widerrufen (§ 38 I GmbHG) sowie die Direktiven für die Geschäftspolitik erteilen. Die Geschäftsführer sind demzufolge von der Gesellschaftermehrheit völlig

1) Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966, 104.

2) Eine Ausnahme bilden lediglich Großunternehmen in der Rechtsform einer GmbH, die unter den Voraussetzungen des § 1 I Nr. 1 Mitbestimmungsgesetzes ebenfalls einen Aufsichtsrat bilden müssen (§ 52 GmbHG).

3) Boesebeck, GmbH-Rdsch. 1960, 118.

abhängig. Das Weisungsrecht ist das m.E. bedeutendste Recht der Gesellschaftermehrheit.

Formal betrachtet vollziehen sich Willensbildung und Abstimmung in der Generalversammlung nach demokratischen Spielregeln entsprechend den Grundsätzen freier Willensbildung nach Aussprache und Mehrheitsentscheid. Damit hat theoretisch auch eine Gesellschafterminderheit die Chance, in der Hauptversammlung für ihre Ansichten über Gesellschaftsbelange zu werben und Mehrheit zu werden. Mag dies jedoch in einer kleinen und unverbundenen Gesellschaft noch der Fall sein, ist dies namentlich in konzernierten Gesellschaften oft nur noch eine Illusion ¹⁾. Hier stehen sich nicht mehr Gesellschafter gegenüber, die durch das Band des Gesellschaftszwecks in der gemeinsam betriebenen Gesellschaft vereint werden, wie es bei der Gesellschaftsgründung verabredet worden war, sondern festgefügte und die Fronten nicht wechselnde Mehrheitsblöcke. Hat eine Muttergesellschaft eine Mehrheit in der nunmehr abhängigen Gesellschaft erworben, wird ein Teil der Gesellschafter, der nicht konzerngebunden ist, weiterhin die Interessen der Grundgesellschaft verfolgen wollen, während der konzerngebundene Teil zumindest nebenbei auch auf die Interessen und Absichten der Konzernmutter Rücksicht nehmen wird. Das Prinzip der Mehrheitsherrschaft in der Hauptversammlung, das auf eine freie Willensentscheidung mit u.U. wechselnden Mehrheiten ausgerichtet ist, kann innerhalb von Konzernverhältnissen zu starren und nahezu unverrückbaren Machtblöcken führen.

1) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 233.

Die Mehrheit der Gesellschafter kann somit formal-legal in der Gesellschafterversammlung über ihren Einfluß auf die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft der Tochtergesellschaft auch Transaktionen vornehmen lassen oder Weisungen erteilen, die letztlich zu einer Schädigung oder im Einzelfall gar zu einem Ausbluten der beherrschten Gesellschaft führen können.

2. Das Weisungsrecht kraft satzungsmäßigem Sonderrecht - Der Grundsatz der Privatautonomie

Die Mehrheitsherrschaft innerhalb einer GmbH wird infolge des im GmbH-Recht geltenden Grundsatzes weitgehender Privatautonomie (§ 45 GmbHG) noch wesentlich erleichtert. Dieses Prinzip erlaubt es, im Innenverhältnis die Beziehung der Gesellschafter zueinander und den konkreten Inhalt der Satzung den tatsächlichen Wünschen und Bedürfnissen der Gesellschafter weitgehend anzupassen. Im Einzelfall kann durch eine entsprechende Gestaltung der Satzung die Position der Mehrheit noch über den gesetzlichen Rahmen hinaus erheblich verstärkt werden. So kann sich die Mehrheit z.B. Sonderrechte auf die Ausgestaltung der Geschäftsführung oder die Bestellung der Geschäftsführer einräumen lassen¹⁾. Wird aber die Geschäftsführung in ihrem Umfang eingeschränkt, wachsen der Mehrheit entsprechende Rechte zu²⁾. Aus diesen Gründen ist zu folgern, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach wie vor ideale Rechtsform für eine unbeschränkte Mehrheitsherrschaft auf dem Wege über die Gesellschafterver-

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 234.

2) Schilling in Hachenburg, § 37 GmbHG, Anm. 2; vgl. dazu auch die Begr. z. Reg.E. § 244, aaO, S. 215

sammlung oder darüber hinaus aufgrund satzungsge-
mäß eingeräumter Sonderrechte ist ¹⁾.

In dieses Bild paßt auch die Tatsache, daß multina-
tionale Konzerne und amerikanische Gesellschaften
ihre deutschen Tochtergesellschaften vorzugsweise
in der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter
Haftung organisieren ²⁾. Vor allem U.S. Konzerne
versuchen durch Bildung von kleineren GmbH - Toch-
tergesellschaften dem ihnen aus dem heimischen Recht
unbekannten und daher mit großem Mißtrauen begegne-
ten Einfluß eines Aufsichtsrates zu umgehen ³⁾.

Mögen daneben auch andere Gründe wie z.B. haftungs-
rechtliche Aspekte eine Rolle spielen, so ist doch
festzuhalten, daß das System der Mehrheitsherrschaft
über die Gesellschafterversammlung die Bildung
deutscher Tochtergesellschaften ausländischer Kon-
zerne in der Form der Gesellschaft mit beschränkter
Haftung maßgeblich mitbeeinflußt.

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 234; Emmerich, Das
GmbH-Konzernrecht, S. 10; Gäbelein, Das GmbH-
Konzernrecht in der Praxis, Der GmbH-Konzern,
S. 53.

2) Gäbelein, a.a.O., S. 50; Steefel-v.Falkenhausen,
The New German Stock Corporation Law, 52 Cornell
L.Q. 518 (1967).

3) Vagts, Reforming the modern Corporation: Perspec-
tives from the German, 80 Harv. L. Rev. 23, 50
(1966).

C. Die Schranken der Weisungsmacht im deutschen GmbH-Konzernrecht

I. Die allgemeinen Schranken

Die Weisungsbefugnis der GmbH-Gesellschafter untersteht den allgemein gültigen Geboten und Rechtsgrundsätzen der §§ 134, 138 BGB ¹⁾. Die Gesellschaftermehrheit darf in der Gesellschafterversammlung die Geschäftsführer oder die abhängige Gesellschaft nicht zu Gesetzesverletzungen (§ 134 BGB), sittenwidrigen Geschäften (§ 138 BGB) oder strafbaren Handlungen anhalten. Anweisungen, die zwingenden Bestimmungen des geltenden Rechts zuwiderlaufen ²⁾, wie z.B. Aufforderungen zu Wettbewerbsverstößen, Patentverletzungen oder zur Umgehung von anderen Gesetzesbestimmungen, sind bereits nach den allgemeinen, dem Zivilrecht entnommenen und für die ganze Rechtsordnung geltenden Rechtsgrundsätzen nichtig und brauchen nicht befolgt werden.

Nachteilige Weisungen sind außerdem auch dann verboten, wenn der Weisungsgeber bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt (analog § 309 I AktG) schon im Augenblick der Erteilung erkennen mußte, daß mit ihnen unverhältnismäßige Nachteile für die abhängige Gesellschaft verbunden sind. Ein solcher Fall wird immer dann vorliegen, wenn durch die Weisung die Lebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft

1) Boesebeck, GmbH-Rdsch. 1960, 118, 119; Schilling in Hachenburg, Anm. 28 zu § 14 GmbHG; Schmidt in Hachenburg, Anm. 15 zu § 45 GmbHG; BGH JZ 1955, 208 mit Anm. Hueck; Straßberger, Diss. Würzburg, S. 16; RGZ 161, 129, 166, 279; BGHZ 15, 385; für das Aktienrecht: Biedenkopf-Koppensteiner, § 308 AktG, Anm. 6.

2) Scholz-Emmerich, GmbHG, Anh. II, Rdnr. 115, 185; Reh-binder, Treuepflichten im GmbH-Konzern, ZGR 1976, 386, 392.

bedroht wird ¹⁾.

II. Das Konzerninteresse als Rechtfertigungsgrund für schädigende Eingriffe

Das Konzerninteresse allein gilt heute nicht mehr als alles überragender Rechtfertigungsgrund für nachteilsauslösende Maßnahmen oder Rechtsgeschäfte ohne gleichzeitige Ausgleichszahlungen ²⁾. Hier hat sich in den letzten Jahrzehnten eine grundlegende Änderung der Rechtsanschauung im Schrifttum vollzogen. Als Vertreter der früheren herrschenden Meinung, die eine gewisse Stütze durch die Ausgestaltung des AktG von 1937 in dem früheren § 101 AktG ³⁾ fand, konnte Haussmann ⁴⁾ für das Aktienrecht noch ausführen:

"Es ist eine unvermeidliche Folge der Konzernbildung, daß das Interesse des Einzelaktionärs in Konfliktfällen hinter dem Interesse einer weiter ausblickenden, die Interessen der Untergesellschaft unter anderen Gesichtspunkten berücksichtigenden Mehrheit zurücktreten muß".

Dieser Meinung liegt noch eine Güterabwägung zugrunde, die quantitative Gesichtspunkte miteinbezieht und ähnlich wie bei einer Abwägung zwischen Individualinteresse und Allgemeinheit die Interessen der zahlenmäßigen Minderheit denen der überwältigenden Mehrheit grundsätzlich unterordnet.

-
- 1) Scholz-Emmerich, GmbHG, Anh. II, Rdn. 185; vgl. auch dazu den Hinweis auf die Entwicklungen im Fall des GlögglerKonzerns, a.a.O., Rdn. 114.
 - 2) Grundlegend: Mestmäcker, Verwaltung, S. 276 ff., 277, 278; Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 38 ff.; Kropff, BB 1965, 1281; Zöllner, S. 79 ff. mwN.
 - 3) Vgl. die amtliche Begründung zum AktG. von 1937, abgedruckt bei Klausning, S. 87.
 - 4) Haussmann, S. 54; zu der überkommenen Meinung: Zöllner, S. 86, insbes. Fn. 17 u. 18; Kropff, BB 1965, 1281; Schlegelberger-Quassowski, § 101 AktG, Anm. 10.

Dieser Auffassung vom Vorrang des Konzerninteresses hat bereits Filbinger widersprochen. Er hat dargelegt ¹⁾, daß das quantitative Argument der zahlenmäßigen Überlegenheit dann nicht ohne Hinzutreten weiterer Gesichtspunkte den Ausschlag geben kann, wenn mit dem Interesse des Konzerns auf der einen Seite und denen eines Minderheitsgesellschafters auf der anderen zwei Vermögensinteressen miteinander in Konflikt stehen. Bei einer generellen Abwägung muß beiden der gleiche Rang eingeräumt werden. Vermögensrechtliche Belange sind unabhängig von ihrer quantitativen Höhe einander gleichwertig und damit gleich schutzwürdig ²⁾. Konzernleitende und nachteilsauslösende Entscheidungen ohne entsprechenden Nachteilsausgleich genießen bei Befolgung von Konzerninteressen gegenüber dem Gesichtspunkt des Schutzes konzernunabhängiger Minderheiten keinen grundsätzlichen Vorrang ³⁾. Eine Schädigung der Untergesellschaft kann allein mit dem Hinweis auf vorrangige und schutzwürdige Belange der Obergesellschaft nicht gerechtfertigt werden.

Dieser Wandel in der Rechtsauffassung ging gleichzeitig einher mit einem gestärkten Bewußtsein für die Schutzwürdigkeit der Interessen und Belange konzernabhängiger Minderheiten innerhalb von Kapitalgesellschaften oder Konzernen. Eine auf dem Privateigentum fußende Wirtschafts- und Sozialordnung, in der die Kapitalgesellschaften von privaten Geldgebern mitfinanziert werden, kann es sich kaum leisten, mit dem Hinweis auf das Konzerninteresse als einem übergeordneten Gesichtspunkt die Interessen der privaten Geldgeber, seien sie im Einzelfall auch noch

1) Filbinger, S. 57, 58.

2) Emmerich-Sonnenschein, S. 167.

3) Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht, S. 21; Kropff, Begr. Reg. E. § 311 AktG, S. 407.

so klein, ausgleichslos vom Tisch zu wischen.

Indes kann auf das Konzerninteresse als Rechtfertigungsgrund für konzernleitende Maßnahmen nicht ganz verzichtet werden, es hat nur seine Vorrangstellung verloren. Bei Ausübung der im GmbH-Recht formal legalen Mehrheitsherrschaft lassen sich bei Maßnahmen, die der Konzernobergesellschaft nützlich sind, schädigende oder nachteilsauslösende Wirkungen auf die Tochtergesellschaft oder die konzernunabhängigen Gesellschafter nicht ausschließen. Diese gänzlich zu verhindern, kann nicht Aufgabe einer unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten betrachteten Konzernrechtsordnung sein. Um eine straffe Konzernorganisation und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Einzelfall zu gewährleisten, kann es aus der Sicht der Konzernobergesellschaft u.U. geboten sein, Konzerninteressen vorrangig zu befolgen und dabei die Interessen Dritter hintanzustellen. Eine solcherart getroffene unternehmerische Entscheidung ist trotz der auftretenden Interessenkollision dann nicht rechtswidrig, wenn damit ein entsprechender Nachteilsausgleich gekoppelt ist.

Der Gedanke der zulässigen vorrangigen Befolgung von Konzerninteressen bei gleichzeitigem Nachteilsausgleich fand Eingang in das Aktiengesetz von 1965 und in den daraus abgeleiteten Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes.¹⁾ Diese gesetzlichen Regelungen erlauben es nur dann, Konzerninteressen bevorzugt zu berücksichtigen, wenn diese Handlungsweise aufgrund eines Unternehmensvertrages abgesichert oder durch Ausgleich der damit verbundenen Nachteile legitimiert wird.

1) § 311 AktG; § 251 Reg.E..

III. Die Analogie zu § 117 AktG

§ 117 AktG begründet eine Schadensersatzpflicht für denjenigen, der unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied der Verwaltung zu Handlungen bestimmt hat, die zu einem Schaden der Gesellschaft geführt haben. Darunter fallen auch Einflußnahmen, die nicht in Form einer Weisung erfolgt sind. Nach § 117 Abs. 3 AktG haftet darüber hinaus derjenige als Gesamtschuldner mit, der durch die schädigende Handlung einen Vorteil erlangt hat.

Die Frage der analogen Anwendung des § 117 AktG im GmbH-Recht ist umstritten ¹⁾. Sie wird bejaht, von Reh binder, Möhring und Emmerich ²⁾, während Barz ³⁾ einer Analogie eher kritisch gegenübersteht. Doch selbst wenn man von der Zulässigkeit einer solchen Analogie ausgeht, ergeben sich Bedenken, ob diese Schutzvorschrift wirklich ausreicht, die Leitungsmacht eines herrschenden Gesellschafters wirksam zu beschränken. Die Wirkung des § 117 AktG erscheint in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Der Schadenser-

-
- 1) § 126 des RefE eines GmbHG sah eine fast wörtliche Übernahme der aktienrechtlichen Regelung vor.
 - 2) Reh binder, Treuepflichten im GmbH-Konzern, ZGR 1976, 390; Möhring, Festschrift für Schilling, S. 254; Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht II, Die AG 1975, 286.
 - 3) Barz in Hachenburg, § 13 GmbHG, Anh. II, Anm. 24; R. Fischer, Anm. zu BGHZ 31, 258, LM § 2 GmbHG Nr. 4, lehnt eine entsprechende Anwendung wegen der unterschiedlichen Rechtsstellung der Verwaltung ab; Immenga, S. 278; Wolany, S. 118 u. Mertens in Kölner Kommentar, § 117 AktG, Anm. 8, glauben, unter Berufung auf eine unternehmensbezogene Treuepflicht auf eine Anwendung des § 117 AktG im GmbH-Recht verzichten zu können.

satzanspruch setzt voraus, daß der Schädiger vorsätzlich gehandelt hat. Selbst grobe Fahrlässigkeit kann nach dieser gesetzlichen Regelung nicht ausreichen, um eine Ersatzpflicht zu begründen. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus § 117 Abs. 2 S. 3 AktG. Nach dieser Bestimmung tritt eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären dann nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht. Eine analoge Anwendung des § 117 AktG im GmbH-Recht kann somit die Herrschaftsgewalt der Obergesellschaft nicht wirksam einschränken, wenn diese infolge ihrer Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung einen Beschluß in formeller Legalität faßt. Auf die möglicherweise schädlichen Folgen kommt es dann nicht mehr an, selbst wenn diese von vornherein eingeplant waren. In Konzernrechtsverhältnissen mit festen Mehrheiten ist die Schadensersatzpflichtigkeit aus § 117 AktG unschwer zu umgehen, wenn nur die formalen Erfordernisse für eine wirksame Beschlußfassung eingehalten werden. Das herrschende Unternehmen kann kraft seines Stimmrechts in der Hauptversammlung eine Haftung für die Folgen der beanstandeten Beschlüsse ausschließen. Es ist aber bedenklich und im Sinne eines wirksamen Minderheitenschutzes wenig hilfreich, wenn es dem herrschenden Unternehmen erlaubt ist, sein eigenes Verhalten durch Beschlüsse der Hauptversammlung absegnen zu lassen, um damit einer Schadensersatzverpflichtung zu entgehen.

Im Regelfall gibt § 117 AktG der Gesellschaft selbst das Recht, Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Der einzelne Gesellschafter kann nur

dann einen Schadensersatz verlangen, wenn ihm durch die Handlungsweise des Schädigers unmittelbar und direkt ein Schaden entstanden ist ¹⁾. Der Minderheitsgesellschafter hat dagegen keinen eigenen Anspruch auf Entschädigung ²⁾, wenn durch die Maßnahme der Obergesellschaft lediglich das Vermögen der Tochtergesellschaft verletzt, selbst wenn dadurch der Wert der Gesellschaftsanteile vermindert wurde. Gerade diese gesetzliche Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden erscheint für einen wirksamen Rechtsschutz des konzernfreien Minderheitsgesellschafters unbefriedigend. Der Großteil aller Weisungen mit nachteilsauslösendem Charakter wird auch in Konzerngesellschaften kaum gegen einen oder mehrere Einzelgesellschafter gerichtet sein, sondern Auswirkungen vor allem auf die beherrschte Tochtergesellschaft zeigen.

IV. Die bürgerlich rechtlichen Schranken - Die überkommene Meinung des Bundesgerichtshofs

Dem wirtschaftsrechtlichen Verständnis zur Zeit der Erstkodifikation des GmbH-Gesetzes von 1892 und auch des Aktiengesetzes von 1884 entsprach die Erlaubnis schrankenloser Ausübung der Mehrheitsherrschaft ³⁾. Verstießen die von der Mehrheit gefaßten

1) Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 216; Baumbach-Hueck § 117 AktG. Anm. 4.

2) Godin-Wilhelmi, § 117 AktG. Anm. 5.

3) Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht II, Die AG 1975, 285, 286; vgl. für das Aktienrecht die berühmte Hibernia Entscheidung, RGZ 68, 235 ff, 246, aus dem Jahr 1923. Hierin konnte das Reichsgericht noch ausführen, die Beschlüsse der Mehrheit seien "für die Minderheit auch dann noch maßgebend, wenn sie dieser als verkehrt, wirtschaftlich nachteilig u. die Bestrebungen der Minderheit schädigend erscheinen". Eine "Verpflichtung der Mehrheit, die Interessen der Gesellschaft in dem Sinne zu wahren, in welchem die Minderheit diese Interessen auffaßt", wurde nicht anerkannt. Zu dieser Entscheidung: Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 129 ff.

Beschlüsse gegen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen, so hatte sich die Minderheit diesen trotzdem fast bedingungslos zu unterwerfen. Die Herrschaft der Mehrheit, wie sie in der Generalversammlung zum Ausdruck kommt, wurde als oberster, unabwendbarer Grundsatz des Gesellschaftsrechts angesehen.

Erst allmählich wurden unter dem Einfluß bürgerlich-rechtlichen Gedankenguts Grenzzlinien unter Berufung auf die §§ 138 und 826 BGB gezogen. Die traditionelle, heute als überkommen anzusehende Meinung zog die Schranken für die Mehrheitsherrschaft aus den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 II, 826 BGB) ¹⁾. Voraussetzung für eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber den Interessen der Minderheit waren damit u.a. stets Verschulden, z.T. sogar vorsätzliches Verhalten des Handelnden und der Eintritt eines Schadens. Der BGH ²⁾ folgte zunächst dieser Meinung und führte in einer Entscheidung, die allerdings keinen Konzernrechtskonflikt betraf, aus, die Mehrheit hafte für Weisungen gegenüber den Geschäftsführern nur in dem ganz engen Rahmen des § 826 BGB. Der BGH selbst erkannte jedoch diese Auffassung einer Begrenzung der Mehrheitsmacht allein durch §§ 823 II, 826 BGB als "zu eng" und verwarf sie nunmehr ausdrücklich in der sogenannten ITT-Entscheidung in BGHZ 65, 15.

1) Baumbach-Hueck, § 43 GmbHG, Anm. 3 B; Scholz-Fischer, 7. Aufl., 1970, § 43 GmbHG, Anm. 2

2) BGHZ 31, 258, 272, 278 = JZ 1960, 539, mit Anm. Ballerstedt in JZ 1960, 513; zustimmend zu dieser Entscheidung, die sich mit dem Problem der Gründung einer Strohmann-Aktiengesellschaft zu befassen hatte: Schönlé, GmbH-Rdsch. 1959, 63; Gottschling, GmbH-Rdsch. 1960, 160; ebenso: BGHZ 36, 296, 312; 8, 35, 41; Fehrensén, Diss. Göttingen 1965, S. 113; ablehnend oder eher distanziert: Pleyer, GmbH-Rdsch. 1960, 44; Boesebeck, GmbH-Rdsch. 1960, 118; weiterhin: Möhring, Festschr. für Schilling, S. 253 ff, 259; Schilling in Anm. zu BGH-Urteil v. 5.6.1975-II ZR 23/74, DB 1975, 1452.

Eine bloße Haftung der Obergesellschaft bei Vorliegen einer sittenwidrigen Schädigung kann der Interessenlage nicht gerecht werden ¹⁾. Es sind Fallkonstellationen denkbar, die eine Haftungsmöglichkeit ohne die strengen Voraussetzungen bezüglich einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung notwendig erscheinen lassen. Auch würde es eine gerichtliche Überprüfung im Einzelfall erheblich erschweren, wenn in einem Klageverfahren die Minderheit der Mehrheit stets unedle und sittenwidrige Motive nachweisen müßte. Ein Vorwurf der Sittenwidrigkeit läßt sich idR problemlos nur bei grobem und eindeutigen Machtmißbrauch, wie er in der Praxis nur selten vorkommen wird, aufrechterhalten und, falls notwendig, auch beweisen. Ein anschauliches Beispiel gibt Wolany ²⁾:

Die Gesellschafter A, B und C haben gemeinsam beschlossen, ein ihnen gehörendes Zweigwerk zu verkaufen. Gegen den Widerstand der Mitgesellschafter will der mit 60% beteiligte Mehrheitsgesellschafter A nicht an den meistbietenden ausländischen X, sondern aus anderen Gründen wie z.B. sogenannten "nationalen" Gründen an den weniger bietenden deutschen Interessenten Y verkaufen. Hier kollidieren die Vermögensinteressen der Minderheit, die auf einen möglichst günstigen Verkauf gerichtet sind, mit außergesellschaftlichen Motiven, ohne daß eine sittenwidrige Schädigungsabsicht des Mehrheitsgesellschafters vorzuliegen braucht.

1) Reh binder, Treuepflichten im GmbH-Konzern, ZGR 1976, 392; Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht II, Die AG 1975, 286. Festgehalten wird an der überkommenen Meinung noch von Barz in Hachenburg, § 13 GmbHG, Anh. II, Rdn. 25 sowie bei v. Falkenhausen, Minderheitenschutz u. Aktienhandel, Die AG 1972, 237 ff.

2) Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, S. 114.

Die Erteilung von Weisungen durch die Obergesellschaft kann, obwohl legal zustandegekommen im Sinne der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung, nachteilsauslösende Wirkungen auf die abhängige Gesellschaft haben. Eine Haftung für nachteilsauslösende Wirkungen der Obergesellschaft darf nicht allein auf den zu mißbilligenden Erfolg dieser Handlung bezogen sein, sondern muß bereits die Handlung als solche einbeziehen. Gesellschaftsschädigende Verhaltensweisen und Weisungen haben auch dann einer gerichtlichen Überprüfung und gegebenenfalls einer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit zu unterliegen, wenn sie die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung nicht erfüllen.

Konsequenterweise löste sich bereits das Aktiengesetz von 1937 von dem strengen Rahmen einer Haftung über die §§ 823 II, 826 BGB und bestimmte in dem damaligen § 101 AktG (heute: §§ 117, 243 II AktG 1965) ein Verbot der Verfolgung von Sondervorteilen zum Schaden der Gesellschaft ¹⁾. Diesem Beispiel folgte auch der Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes.

Heute wird ein Rechtsschutz in erster Linie über die §§ 823 II, 826 BGB lediglich noch von Barz befürwortet ²⁾. Barz bezeichnet diese Lösung selbst zwar als "keinen begeisterten Rechtsschutz der Gesellschaft" ³⁾ und als "nicht sehr überzeugend" ⁴⁾, hält ihn aber trotzdem für ausreichend, "da Schwierigkeiten aus der Praxis aus dieser "unbefriedigenden Rechtslage bisher nicht bekannt seien" ⁵⁾.

1) Vgl. dazu Wolany, S. 118 f; Immenga, S. 276, 277; Mestmäcker, S. 252.

2) Barz in Hachenburg, § 13 GmbHG, Anh. II, Rdnr. 45.

3) Barz, a.a.O.

4) Barz, a.a.O., Rdn. 46.

5) Barz, a.a.O.

Es erscheint jedoch fraglich, ob man diese Haftungsproblematik glücklich angesichts einer friedlichen Praxis auf sich beruhen lassen kann oder ob man nicht doch nach praktikablen Lösungswegen suchen sollte.

V. Die Haftung aus positiver Vertragsverletzung

Haben herrschendes und beherrschtes Unternehmen in einem Beherrschungs- oder sonstigen Unternehmensvertrag ein Abhängigkeitsverhältnis vereinbart und überschreitet die Obergesellschaft die Grenzen ihres Weisungsrechts, so kann sie der abhängigen Gesellschaft aus positiver Vertragsverletzung haften ¹⁾. Auch bei Fehlen eines Unternehmensvertrages soll das herrschende Unternehmen ebenfalls einer Haftung aus positiver Vertragsverletzung unterliegen ²⁾, wenn das abhängige Unternehmen das Weisungsrecht einer anderen Gesellschaft anerkennt und deren Weisungen vollzieht, da in dieser Verhaltensweise konkludent der Abschluß eines Beherrschungsvertrages zu sehen sei (sog. durchgeführter faktischer Konzern ³⁾).

Eine direkte Haftung des herrschenden Unternehmens nach allgemeinen schuldrechtlichen Rechtsgrundsätzen ließe sich nur dann bejahen, wenn man dem Beherrschungsvertrag schuldrechtliche Wirkung zuerkennt, dessen Verletzung entsprechende Haftungsfolgen nach sich ziehen kann. Diese Frage ist im Aktienrecht

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 249; Baumbach-Hueck, § 309 AktG, Anm. 1; Biedenkopf-Koppensteiner, § 308 AktG. Anm. 14 u. 152.

2) Reh binder, Treuepflichten im GmbH-Konzern, ZGR 1976, 386, 390.

3) Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht, II, Die AG 1975, 285, 289.

heftig umstritten. Während vor allem Möhring ¹⁾ und Beuthien ²⁾ die schuldrechtliche Natur eines Beherrschungsvertrages leugnen und in diesem einen eigenen körperschaftlichen Organisationsvertrag sehen, erkennt eine gewichtige Gegenmeinung ³⁾ schuldrechtliche Wirkungen des Beherrschungsvertrages an mit der Folge, daß bei Vertragsverletzungen die Obergesellschaft aus positiver Vertragsverletzung haften müsse.

Es spricht einiges dafür, aus dem Abschluß eines Beherrschungsvertrages auch schuldrechtliche Wirkungen abzuleiten. Neben den rein organisationsrechtlichen Fragen werden in ihm idR auch die Rechte und Pflichten beider vertragsschließender Parteien festgeschrieben. Diese stehen sich bei den Vertragsverhandlungen noch als weitgehend gleichberechtigte Partner gegenüber. Wie aber soll eine Partei Vertragsverletzungen verfolgen können, wenn nicht mit den Mitteln des Schuldrechts? Man wird jedem Vertragsteil daher ein einklagbares Recht auf Einhaltung der Vertragsbedingungen zugestehen müssen ⁴⁾.

1) Möhring, Festschrift für Schilling, S. 257.

2) Beuthien, DB 1969, 1781: korporationsrechtlicher Vertrag mit satzungsgleichen Wirkungen; Barz in Hachenburg, § 13 GmbHG, Anh. II, Rdn.30: Vertrag sui generis; Würdinger, Großkomm., § 291 AktG, Anm. 8 mwN; ders., Aktien- u. Konzernrecht, S. 288; Bachelin, S. 56; Kropf, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, 1287, spricht sogar von einer "Satzung der durch ihn zusammengeschlossenen Unternehmensgruppe".

3) Biedenkopf-Koppensteiner, § 309 AktG, Anm. 18 u. § 291 AktG, Anm. 21; Gessler, AktG, § 309, Anm. 47 u. § 291, Anm. 25; differenziert: Straßberger, Diss. Würzburg, S. 32, der den Beherrschungsvertrag in einen organisations- u. einen schuldrechtlichen Teil aufgliedern will.

4) Gessler, § 309 AktG, Anm. 48; zu der Frage, ob Vertragsverletzungen des Vorstands oder dessen gesetzl. Vertreter der herrschende Aktiengesellschaft über § 31 BGB oder über § 278 zugerechnet werden müssen, vgl. Biedenkopf-Koppensteiner, § 309 AktG, Anm. 15 mwN; Bachelin, S. 56; Mutze, Die AG 1967, 254; Beuthien DB 1969, 1781.

Der Beherrschungsvertrag wird zwischen den beteiligten Gesellschaften abgeschlossen. Die einzelnen Gesellschafter sind nicht Vertragspartner und können entsprechend aus dem Vertrag auch keine eigenen Rechte ableiten. Ersatzansprüche können nur von der abhängigen Gesellschaft geltend gemacht werden ¹⁾, wenn diese die Verletzung eigener Rechte und Rechtspositionen rügt. Das beherrschende Unternehmen hat sich schuldrechtlich nur der beherrschten Gesellschaft, nicht aber zugleich deren außenstehenden Gesellschaftern gegenüber zu einer Einhaltung der Weisungsgrenzen verpflichtet. Ebenso wie die §§ 823 II und 826 BGB verlangt eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung stets ein Verschulden der Obergesellschaft. Diese unabdingbare Voraussetzung behindert daher ebenfalls die praktische Bedeutsamkeit dieses Rechtsinstituts.

VI. Das Treueprinzip

1. Der Grundsatz von Treu und Glauben

Wie jedes rechtlich relevante Verhalten werden auch die Konzernierung, die Bildung von gesellschaftsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnissen sowie die Erteilung organschaftlicher Weisungen innerhalb des GmbH-Rechtes von dem die gesamte Rechtsordnung umspannenden Gebot des § 242 BGB beeinflusst. Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben

1) Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 246; Fn. 28; Emmerich-Sonnenschein, S. 194; v. Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 95.

findet, obwohl nur im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches gesetzlich angesiedelt, als allgemeiner Rechtsgrundsatz in nahezu allen Rechtsbereichen Anwendung ¹⁾ und beherrscht auch die Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts ²⁾. Längst haben Wissenschaft und Praxis den Grundsatz von Treu und Glauben über den gesetzlichen Wortlaut hinaus, der nur die Bewirkung einer geschuldeten Leistung durch den Schuldner betrifft, also die Art und Weise der Erfüllung einer geschuldeten Pflicht regelt, auf das gesamte Rechtsleben ausgedehnt.

§ 242 BGB dient u.a. auch als eine Art Auffangtatbestand bei Fehlen entsprechender spezialgesetzlicher Regelungen. Diese Vorschrift verpflichtet die Teilnehmer am Rechtsverkehr zu gewissen Mindestverhaltensregeln wie z.B. im Gesellschaftsrecht u.a. zum Verbot mißbräuchlicher Stimmrechtsausübung ³⁾.

Auf den Treuegedanken als Ordnungsprinzip wird nicht zuletzt zurückgegriffen in Rechtsverhältnissen, bei denen sich zwei Parteien gegenüberstehen, die in Anzahl, Gewicht oder Einfluß nicht gleichgewichtig sind ⁴⁾, sowie bei gemeinschaftsrechtlichen Rechtsverhältnissen, in denen mehrere Personen rechtlich in mehr oder weniger enger Form miteinander verbunden sind und bei denen es gilt, die oft untereinander widerstreitenden Einzelinteressen miteinander

1) Staudinger-Weber, § 242 BGB, Anm. 1 u. 10; BGHZ 14, 25; RGZ 113, 19, 24; RGZ 146, 388, 389; Filbinger, S. 119.

2) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 188; ders., Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 15; Erman-Sirp, § 242 BGB, Anm. 28; vgl. für die GmbH: Scholz, Treu und Glauben im Recht der GmbH, GmbH-Rdsch. 1949, 71 ff.

3) BGHZ 9, 157 ff, 163; 14, 25 ff, 37; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 336 Fn. 2 mwN; Baumbach-Hueck, Vorbem. vor § 13 GmbHG, Anm. 2 B.

4) So z.B. im Arbeitsrecht und im Beamtenrecht.

in Einklang zu bringen.

Die sich aus § 242 BGB im Einzelfall abzuleitenden Verhaltensregeln richten sich weitgehend nach dem in Frage stehenden Rechtsgebiet und den in diesem Umkreis herrschenden Vorstellungen der Allgemeinheit oder des betroffenen Personenkreises. Diese Vorstellungen sind im Laufe der Zeit Wandlungen unterworfen. Die Rechtswissenschaft wird daher an die Definition oder Anwendung eines derartigen Rechtsatzes heute mit ganz anderen Augen und Erwartungen herangehen als etwa noch vor einigen Jahrzehnten.

Nach herrschender Ansicht ¹⁾ regeln die Kriterien von Treu und Glauben im Gesellschaftsrecht lediglich Inhalt und Schranken der Mitgliedschaftsrechte und gewähren Auslegungshilfe bei der praktischen Durchsetzbarkeit. Abgesehen von den vertraglichen Nebenrechten, wie Mitteilungs-, Warnungs- und Schutzpflichten werden zusätzliche Rechte und Pflichten durch § 242 BGB nicht geschaffen.

2. Die Lehre von der gesellschaftlichen Treuepflicht

a) Die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander

Der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben hat im Bereich des Gesellschaftsrechts eine Ergänzung erfahren durch die Lehre von der besonderen Treuepflicht der Gesellschafter. Die Treuepflicht konkretisiert den allgemeinrechtlichen Grundsatz für die speziellen Bedürfnisse des Gesellschaftsrechts.

¹⁾ Vgl. v. Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft, S. 28; Baumbach-Hueck, AktG. Üb. § 48, Anm. 2 B; Baumbach-Hueck, GmbHG, Üb. § 13, Anm. 21; Dorpalen, S. 21; Küster, S. 61, 64; Bergmann, ZHR 105, 1 ff, 11 (1935).

Anders als aus § 242 BGB lassen sich aus ihr im Einzelfall zusätzliche Rechte und Pflichten für die Gesellschafter ableiten ¹⁾.

Es ist zu unterscheiden zwischen zwei verschiedenen Ausprägungen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht: Der Treuepflicht des Gesellschafters zu seiner Gesellschaft sowie der Treuepflicht, die die einzelnen Gesellschafter sich untereinander schulden

Die Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft ist heute auch im Recht der Kapitalgesellschaften weitgehend anerkannt ²⁾. Sie hat zum Inhalt, daß der einzelne Gesellschafter bei Wahrnehmung seiner Mitgesellschaftsrechte gewissen Beschränkungen unterworfen ist und nicht allein seine Eigeninteressen zum Maßstab seiner Entscheidungen machen darf. Jeder an einer Gesellschaft Beteiligte ist verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft nach besten Kräften im Rahmen des Gesellschaftszwecks und der verfolgten Gesellschaftstätigkeit zu fördern ³⁾. Allerdings braucht er materielle und ideelle Eigeninteressen nicht in jedem Fall den Gesellschaftsbelangen unterordnen. So ist ihm z.B. eine geschäftliche Konkurrenz mit seiner Gesellschaft nicht verboten. In diesem Fall verlangt die Treuepflicht von dem Gesellschafter eine sorgfältige Abwägung zwischen Eigen- und Gesellschaftsinteresse. Eine vorsätzliche Schädigung der Gesellschaft ist stets treuwidrig.

Diese Grundsätze wurden bereits vom Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung zu den Problemen des Stimmrechtsmißbrauchs und des Gesellschafterausschlusses ausgesprochen ⁴⁾. Damit ist anerkannt, daß die Betei-

1) BGHZ 9, 157 ff., 163; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 261, 271; Zöllner, Stimmrechtsmacht, § 333.

2) Vgl. hierzu insbes. Immenga, S. 261, 271; Wolany, S. 103; Martens, S. 119; Schilling in Hachenburg, § 14 GmbHG, Anm. 23 ff.; Baumbach-Hueck, GmbHG, Üb. vor § 13, Anm. 2B.

3) BGHZ 9, 157, 163; 14, 25, 38; eine Analyse der Rechtspr. zu der Entwickl. d. Treuepflicht gibt Baltzer, Die gesellschaftl. Treuepflicht im Recht d. AG u. GmbH, Diss. Freiburg, 1967.

4) H.M. Schmidt, GmbH-Rdsch. 1960, 137, 138. Hueck S. 15

ligung an einer Kapitalgesellschaft nicht nur der Verfolgung eigener, oft finanzieller Interessen zu dienen hat, sondern sich auch, insbesondere bei Interessenkollisionen, an den Zielen und Interessen der Gesellschaft und damit letztlich am Gesellschaftszweck auszurichten hat.

Die dogmatische Begründung einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eines Mehrheitsgesellschafters gegenüber seinen Mitgesellschaftern ist auch heute noch umstritten. Als überholt dürfte die Ansicht von v. Falkenhausen ¹⁾ anzusehen sein, es handele sich bei dem Begriff der Treuepflicht um ein Synonym für den Grundsatz von Treu und Glauben sowie des Verbots des Rechtsmißbrauchs und daher lediglich um einen semantischen Austausch mit Worten.

Auch die Ansicht von Kühn ²⁾, der die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander allein aus dem besonders engen Verhältnis der Gesellschafter untereinander und der gemeinsamen Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, ableitet, kann nicht überzeugen.

aa) Die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft

(1) Das mitgliedschaftliche Argument

Für eine saubere dogmatische Begründung erscheint es unerlässlich, eine Trennung zwischen kapitalistischen und personalistischen Kapitalgesellschaften vorzunehmen.

1) v. Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaft, S. 33.

2) Kühn, S. 32.

Fehrensens ¹⁾ begründet eine Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber den Kleinaktionären zur Berücksichtigung auch deren Interessenlage aus dem besonderen Schuldverhältnis, das seine Grundlage in der gemeinsamen Mitgliedschaft in derselben Gesellschaft habe.

Die Theorie einer aus der gemeinsamen Mitgliedschaft in derselben Kapitalgesellschaft abgeleiteten Treuebindung stößt nach wie vor auf z.T. erhebliche Bedenken ²⁾. Hueck bezeichnet die Vorstellung von einer personenrechtlichen Bindung der Aktionäre untereinander als reine "Illusion" ³⁾. In der Tat dürften sich in einer Publikumsgesellschaft die Großaktionäre und die z.T. zahlenmäßig in die Tausenden gehenden Kleinaktionäre kaum persönlich kennen. Bei einer realistischen Betrachtungsweise der Kontaktmöglichkeiten auch anlässlich einer Generalversammlung erscheint es fast unmöglich, daß diese beiden Aktionärsgruppen miteinander in Berührung kommen. Bei solcherart fehlendem Kontakt und der bestehenden weitgehenden Anonymität der Kleingesellschafter kann aber ein Zusammengehörigkeitsgefühl oder ein Gefühl der Verbundenheit, das über den Gesichtspunkt der gemeinsamen Kapitalbeteiligung noch hinausreicht und zu einer selbstempfundenen Verantwortlichkeit führt, als Voraussetzung mitgliedschaftlicher Treuebände gar nicht erst aufkommen. Bei den Aktionären steht im Vordergrund ihrer gesellschaft-

1) Fehrensens, Diss. Göttingen 1965, S. 119, 120.

2) Fechner, S. 52-58; Baumbach-Hueck, AktG. Üb. vor § 13, Anm. 2 B.

3) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 188; ders., Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14.

lichen Beteiligung nicht die persönliche Mitarbeit, vielfach auch nicht ein allzu großes Interesse an der Durchführung der Gesellschaftsgeschäfte, sondern allein die Sicherung und Erhaltung einer kapitalmäßigen Beteiligung. Aus diesem Grunde wird daher z.T. noch heute häufig das Bestehen von Treuepflichten der Gesellschafter untereinander für die Aktiengesellschaft abgelehnt ¹⁾ oder zumindest skeptisch beurteilt.

(2) Das organschaftliche Argument

Stärker als das mitgliedschaftliche Argument wirkt als Begründung einer gesellschaftlichen Treuepflicht des Großaktionärs gegenüber dem Minderheitsaktionär der Gedanke gesellschaftlicher Verantwortlichkeit auf Grund in Anspruch genommener (usurpierter) Organfunktion.

Der Großaktionär kontrolliert mittels seiner Mehrheit an den Gesellschafteranteilen die Gesellschafterversammlung und damit die Gesellschaft. Der Minderheit bleiben Einwirkungsmöglichkeiten weitgehend versagt. In dieser Situation entsteht für den Mehrheitsgesellschafter eine besondere Verpflichtung mit dem Inhalt, bei allen seinen Maßnahmen und Entscheidungen die Interessen der Gesellschaft und auch die der Minderheiten in seine Überlegungen miteinzubeziehen und schädigende Handlungen zu unterlassen. Der Möglichkeit, durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen und u.U. zu schädigen, folgt als Gegengewicht eine gesellschaftliche Verpflichtung der Rücksichtnahme auf eben diese Interessen ²⁾. Das ist nichts ande-

1) So bereits RGZ 258, 248, 252, 253; ebenso Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 188.

2) Wiedemann, JZ 1976, 392; Schilling, Großkommentar, AktG, § 243 Anm. 18.

res als die alte Erkenntnis, daß Einfluß und Verantwortlichkeit miteinander korrespondieren. Steigt die Einflußnahme in einem Maße, welches eine entscheidende Mitarbeit der anderen Gesellschafter entbehrlich oder aber unmöglich macht, wächst auch der Grad der Verantwortlichkeit. Die Treuepflicht ist somit lediglich ein Ausgleich dafür, daß die Mehrheit einen ihren prozentualen Anteil am Gesamtgesellschaftskapital übersteigende und damit im Verhältnis überproportionale Einflußmöglichkeit erhält ¹⁾. Sie genießt ebenso wie sonst nur die öffentliche Hand das Vorrecht ²⁾, in fremde Vermögensinteressen maßgebend einzugreifen, ohne hierzu durch entsprechende Vereinbarung legitimiert worden zu sein.

Das Prinzip, daß, wer herrscht, auch in vermehrtem Maße haften müsse, ist nicht erst in jüngster Zeit entwickelt worden. Das Reichsgericht hat bereits im Jahr 1931 - allerdings noch ohne Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Treuepflichten - ausgeführt:

"Aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Mehrheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, ergibt sich ohne weiteres die gesellschaftsrechtliche Pflicht der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen".

-
- 1) So Wiedemann, JZ 1976, 393; ebenso Zöllner, S. 343; Immenga, S. 266; Mestmäcker, S. 345.
 - 2) Beispiel bei v. Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 1.
 - 3) Die Gültigkeit des Prinzips, wer herrsche, müsse auch haften, wird bestritten von Barz in Hachenburg, § 13 GmbHG Anh. II, Rdn. 25 mit Hinweis auf BGHZ 45, 207 (Rektor-Fall).
 - 4) RGZ 132, 149, 163.

Kraft seiner Stimmenmehrheit ist ein Großgesellschafter in der Lage, über die Gesellschafterversammlung die Geschicke seiner Gesellschaft in seinem Sinne zu leiten. Er wird zum "Unternehmergesellschaftler" ¹⁾, der mittels seiner Stimmenmehrheit das Unternehmen beherrschen und Entscheidungen treffen kann, die Auswirkungen auf den Wert der Anteile der übrigen Gesellschafter haben können. Letzteren ist als Minderheit infolge Überstimmung in der Generalversammlung oder, weil ihre Mitarbeit nicht erforderlich ist, eine aktive und einflußnehmende Teilnahme an der Geschäftspolitik verwehrt. Hier muß der Grundsatz verwirklicht werden, daß derjenige, der in der Lage ist, über fremdes Vermögen zu verfügen, in seiner Entscheidungsgewalt nicht schrankenlos ist, sondern auch die Auswirkungen der Entscheidung auf fremde Vermögensanteile zu beachten hat. Damit bekommt das System der Treuebindungen eine treuhänderische Komponente. Die beschließende und in Konzernrechtsverhältnissen Weisungen an die verbundenen Untergesellschaften erteilende Gesellschaftermehrheit handelt organschaftlich auch für die Minderheit. Sie kann weitgehend die Tätigkeit der Geschäftsführung bestimmen oder sogar fast ersetzen und ist dabei an dieselben Sorgfaltpflichten gebunden wie dasjenige Organ, an dessen Stelle sie sich setzt ²⁾.

Das organschaftliche Argument gewinnt noch an Überzeugungskraft, wenn, wie häufig, der normale Entscheidungsprozeß in der Gesellschafterversammlung durch die Bildung fest etablierter und unverrückbarer Mehrheitsblöcke behindert ist. Hier besteht für

1) Ausdruck von Haußmann, Bankarchiv, 30. Jahrg. 1930/31, S. 57 ff, 61; Fechner, Treuebindungen, S. 72, dazu auch Fehrensens, Diss. Göttingen 1965, S. 85.

2) Wiedemann, JZ 1976, 393; Emmerich, JuS 1976, 54; Sonnenberger, GmbH-Rdsch. 1973, 25, 28.

eine Minderheit, sei es innerhalb einer Gesellschaft oder als Aktionäre einer konzernierten Tochtergesellschaft, kaum eine Möglichkeit zu echter Mitwirkung. Als Ausgleich für diesen Machtzuwachs unterliegt der Großgesellschafter dem Gebot gesteigerter korporativer Treue, der Rücksichtnahme und der Unterlassung schädigender Maßnahmen oder Weisungen.

bb) Die Treuepflicht im GmbH-Recht

Bei der kapitalistisch strukturierten Gesellschaft zeigt das mitgliedschaftliche Argument allein ebensowenig Durchschlagskraft wie bei der Aktiengesellschaft. Allerdings sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, daß nur 3-4% aller Gesellschaften mit beschränkter Haftung mehr als 10 Gesellschafter angehören ¹⁾. Die Anzahl von Gesellschaften mit einer unüberschaubar großen Gesellschafteranzahl und der Aktiengesellschaft angenäherten Verhältnissen ist sehr gering. Dies führt zu der Ausgangsüberlegung zurück, daß die weitaus überwiegende Anzahl der Gesellschaften personalistisch organisiert ist. Diese Unternehmen ähneln in ihrem Aufbau insgesamt mehr dem Typ der Personengesellschaft mit dem hervorstechenden Merkmal der engen persönlichen Verbundenheit. Bei einer überschaubaren Anzahl von Gesellschaftern, die zum größten Teil tatkräftig als Geschäftsführer in der Verwaltung der Gesellschaft mitwirken, muß zwangsläufig der Gedanke der verbindenden und gleichzeitig auch verpflichtenden Kraft der Teilnahme an demselben Mitgliedschaftsverhältnis einen anderen Stellenwert bekommen. Anders als bei der Aktiengesellschaft wird bei der Gesellschaft mit

1) Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, S. 29.

beschränkter Haftung bereits aus diesem Grunde eine Treuepflicht der Mehrheitsgesellschafter gegenüber den Minderheitsgesellschaftern fast übereinstimmend bejaht ¹⁾.

Bei kapitalistisch strukturierten Gesellschaften hat dagegen wieder eine organschaftliche Betrachtungsweise Vorrang: Verfolgt die Gesellschaftermehrheit in einer solchen Gesellschaft durch gesellschaftsschädigende Weisungen an die Geschäftsführer nur einseitig ihre eigenen Interessen und benutzt sie diese lediglich als Werkzeug zur Durchsetzung eigener Vorhaben, so muß sie entsprechend § 43 GmbHG für Verschulden haften. Dies folgt aus dem Umstand, daß sie durch ihre Weisungen praktisch die Geschäftsführung an sich gezogen hat und sie nunmehr dieselbe Verantwortung treffen muß, wie sie für eine unabhängige Geschäftsführung bestehen würde.

cc) Der Standpunkt des Bundesgerichtshofs

Die Position des Bundesgerichtshofs ²⁾ und anderer Obergerichte zu dem Komplex der Treuebindungen auch zwischen den Gesellschaftern untereinander ist nach wie vor noch widersprüchlich und uneinheitlich.

(1) Die Rechtslage bei der Aktiengesellschaft

Zur Frage der Treuepflicht eines Großaktionärs gegenüber seinen Mitaktionären hat das Oberlandesge-

1) Ballerstedt, S. 181 ff; Immenga, S. 271; Landgrebe, GmbH-Rdsch. 1967, 227; H.M. Schmidt, GmbH-Rdsch. 1960, 137 ff; Wolany, S. 111; ablehnend noch Barz in Hachenburg, § 13 GmbHG, Anh. II, Rdn. 25; nunmehr zustimmend im Gegensatz zur Voraufgabe Schilling in Hachenburg, § 14 GmbHG, Anm. 23 ff.

2) Eine umfassende historische Übersicht über die Rspr. von Reichsgericht u. Bundesgerichtshof gibt Baltzer, Die gesellschaftliche Treuepflicht im Recht der AG u. GmbH, Diss. Freiburg 1967.

richt Celle ¹⁾ leitsatzmäßig ausgeführt:

"... eine gesellschaftliche Treuepflicht der Aktionäre untereinander, deren Verletzung zur Schadensersatzpflicht führen könnte, besteht nicht" ²⁾.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom Bundesgerichtshof im Februar 1976 verworfen ³⁾.

Zur Entscheidung stand in dem sog. Audi-NSU-Fall die Schadensersatzklage eines Minderheitsaktionärs gegen die nach Abschluß eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages herrschende Obergesellschaft. Der Kläger verlangte Ersatz des Schadens, der ihm durch einen zu frühen Verkauf von 5100 Aktien zu einem niedrigen Kurs entstanden war. Kern der angestrebten Klage war der Vorwurf, die herrschende Gesellschaft habe ihre Treuepflichten dadurch verletzt, daß sie es unterlassen habe, ihn und andere Mitaktionäre vor einem zu frühen Aktienverkauf zu warnen, anstatt sie an dem zu erwartenden Kursanstieg Anteil nehmen zu lassen ⁴⁾.

Das OLG Celle und ihm folgend der BGH haben in diesem Fall übereinstimmend eine Heranziehung des Gesichtspunkts der Verletzung einer Treuepflicht abgelehnt. Dies geschah mit dem Argument, die gemeinsame Zugehörigkeit zu einer Aktiengesellschaft könne für sich allein keine gegenseitigen Rechtsbeziehungen begründen, aus denen sich Haftungsfolgen

1) OLG Celle, DB 1974, 525 = WM 1974, 1013; besprochen von Lutter in JZ 1976, 225.

2) OLG Celle, WM 1974, 1019.

3) BGH, JZ 1976, 561.

4) Diese Fallgestaltung entspricht in etwa dem im amerikanischen Gesellschaftsrecht vieldiskutierten Problemkreis der corporate opportunity.

ableiten ließen ¹⁾.

Eine Treuepflicht des Aktionärs akzeptiert der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung allein gegenüber der Gesellschaft. Diese soll beschränkt sein auf die Beachtung gewisser Bindungen und Schranken bei Wahrnehmung der Mitverwaltungsrechte innerhalb der Gesellschaft. Etwaige weitere Schranken der Rechtsausübung seien unter Verzicht auf das Prinzip der Treuebindungen allein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleiten.

Diese Rechtsauffassung ist nicht unwidersprochen geblieben. Lutter bezeichnet sie in seiner Urteilsanmerkung drastisch als "wahrhaft betrüblich" ²⁾ und hält sie jedenfalls in dieser kategorischen Form für nicht haltbar. In der Tat hat sich der Bundesgerichtshof in seiner ablehnenden Haltung wiederum nur mit dem mitgliedschaftlichen Gesichtspunkt, aus dem sich für eine große Publikumsgesellschaft wie die Audi-NSU-AG nur schwerlich eine Treuepflicht ableiten läßt, befaßt, ohne auf das organschaftliche Argument einzugehen.

(2) Die Rechtslage bei der GmbH

Wesentlich differenzierter ist die Rechtsprechung den gleichen Problemkreis im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung angegangen. Diese Haltung wird allerdings dadurch erleichtert, daß bei der Mehrzahl der Gesellschaften das mitgliedschaftliche Argument erheblich stärker zum Tragen kommen kann. Aus der neueren Recht-

1) BGH, JZ 1976, 562 mit Verweisung auf BGHZ 18, 350, 365 und Baumbach-Hueck, AktG, Üb. vor § 54, Rdn. 11 und Meyer-Landrut, Großkommentar, 3. Aufl., § 1, Anm. 34 mwN.

2) JZ 1976, 561, 562.

sprechung seien lediglich zwei gewichtige Entscheidungen zitiert:

In BGHZ 14, 25 ¹⁾ hatte der BGH zum Problem der Stimmrechtsausübung zu entscheiden und führte dazu u.a. aus ²⁾:

"... Auch die Treuepflicht setzt der Ausübung des Stimmrechts Grenzen Die Treuepflicht der Gesellschafter einer GmbH ist größer und stärker als die Treuepflicht der Aktionäre, da die Beziehungen der Gesellschafter ... untereinander und zur Gesellschaft in der Regel enger sind, als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist". Auch in BGHZ 9, 157, 163 f ³⁾ anlässlich einer Klage wegen Ausschließung aus der Gesellschaft findet sich ein Hinweis auf die Treuepflicht:

"Daß die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters selbst beim Schweigen der Satzung rechtlich zulässig ist, läßt sich auch aus der Treuepflicht ableiten, ... so obliegt dem Gesellschafter doch eine echte, nicht bloß den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) beinhaltende Treuepflicht, weil die Beziehungen des Gesellschafters zur GmbH und seinen Mitgesellschaftern nicht rein kapitalistisch, sondern auch persönlicher Art sind". Damit ist eine Treuepflicht zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter im Recht der GmbH obergerichtlich anerkannt. Den vorläufigen Schlußpunkt in der Rechtsprechung zur Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter untereinander bildet die vielbeachtete Entscheidung des BGH in dem sog. ITT-Fall ⁴⁾.

1) = GmbH-Rdsch. 1954, 122.

2) BGHZ, a.a.O., 37 f.

3) = GmbH-Rdsch. 1953, 72 mit Hinweis auf RGZ 164, 262 und RGZ 169, 334 sowie RG DR 1940, 2177.

4) BGHZ 65, 15; zu den Auswirkungen dieser Entscheidung auf das GmbH-Konzernrecht S. 84 ff

In dieser Entscheidung hat sich der Bundesgerichtshof nunmehr der Ansicht angeschlossen, daß die Obergesellschaft durch nachteilzufügende Maßnahmen gegenüber der abhängigen Gesellschaft die ihr obliegenden Treuepflichten verletzen kann und bei Verschulden gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig ist. Die Treuepflicht wird als Korrelat dafür angesehen, daß die Gesellschaftermehrheit durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung die Interessen der Mitgesellschafter verletzen kann. Unsicherheit besteht jedoch nach wie vor über den Inhalt einer gesellschaftsbezogenen Treuepflicht in konzernrechtlichen Konfliktfällen. Der BGH hat diesen Aspekt einer genauen Abgrenzung in seiner Entscheidung noch bewußt offengelassen ¹⁾. Eine umfassende Würdigung der Konsequenzen dieser Entscheidung für die Weiterentwicklung des GmbH-Konzernrechts ist jedoch nur möglich, wenn man sich zuvor noch einmal die Ergebnisse der Diskussion um die Reform des geltenden GmbH-Gesetzes vor Augen führt.²⁾

VII. Die Anfechtungsklage

Die Möglichkeit, fehlerhafte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung durch eine Anfechtungsklage zu Fall zu bringen, ist im geltenden GmbH-Gesetz nicht vorgesehen. Schon früh haben Schrifttum und Rechtsprechung diese Lücke durch eine sinngemäße Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen der

1) BGHZ 65, 15, 19.

2) Dazu S. 57 ff.

Hauptversammlung ausgefüllt ¹⁾. Begründet wurde die analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des Aktienrechts mit der weitgehenden Ähnlichkeit der Sach- und Rechtslage sowie der Anwendung allgemeiner Grundsätze des Körperschaftsrechts ²⁾. Die §§ 243 ff AktG gelten auch im GmbH-Recht entsprechend, soweit nicht GmbH-spezifische Besonderheiten einer Analogie entgegenstehen.

1. Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung entsprechend §§ 243 ff AktG

Entsprechend § 243 I AktG kann ein GmbH-Gesellschafter Beschlüsse, die in der Hauptversammlung gefaßt wurden, anfechten, wenn sie gegen Gesetzesbestimmungen oder die besonderen Vorschriften der Satzung verstoßen ³⁾. Unter Gesetzesverletzungen sind in erster Linie Verstöße gegen die auch im GmbH-Recht entsprechend anwendbaren Vorschriften des Aktiengesetzes sowie gegen die besonderen Bestimmungen des GmbH-Gesetzes wie z.B. die Stimmrechtsschranken des § 47 Abs. 4 zu verstehen. Weiter fallen unter § 243 I AktG Verstöße gegen den Handelsbrauch oder gegen die gesellschaftsrechtlich relevante Treuepflicht ⁴⁾.

1) So bereits grundlegend: RGZ 166,129,131; 172,76; BGHZ 11,231,235; 43,261,265; OLG Hamburg, JZ 1953,405 mit Anm. Schilling = BB 1953,157; Baumbach-Hueck, Anh. nach § 47 GmbHG, Anm.1; Barz in Hachenburg, Anh. II zu § 13 GmbHG, Anm.46; Schmidt, Großkommentar GmbHG, 6. Aufl. § 45 GmbHG, Anm.20 ff mwN.; Lehmann, Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, S.98 ff; Immenga, Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, GmbH-Rdsch.1973,5; Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht II, Die AG 1975, 285, 286.

2) Folgerichtig sah der Reg.E. eines GmbHG in den §§ 191 ff eine Übernahme der Anfechtungsregeln vor; vgl. auch die Begründung zu E. § 191.

3) § 193 Reg.E. GmbHG lautet entsprechend.

4) BGHZ 14,25,26; BGH WM 1977,361 f, 363; Schilling in Großkommentar, § 243 AktG, Anm.18; ders. in Hachenburg, § 14 GmbHG, Anm. 26; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.279; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S.383.

Konzernrechtlich bedeutsamer ist der Anfechtungsgrund entsprechend § 243 II AktG. Nach dieser Bestimmung sind Beschlüsse der Gesellschafter anfechtbar, wenn durch sie lediglich Sondervorteile für bestimmte Gesellschafter erstrebt werden, ohne daß ein entsprechender Nachteilsausgleich an die übrigen Gesellschafter stattgefunden hat. Nach einer Formulierung des Reichsgerichts ist die Grenze des Zulässigen überschritten und ein Gesellschafterbeschluß anfechtbar, wenn die Mehrheit "aus eigensüchtigen Interessen unter bewußter Hintansetzung des Wohles der Gesellschaft gehandelt hat" ¹⁾. Namentlich ein Verstoß gegen den im Gesellschaftsrecht immanenten Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gesellschafter führt zur Anfechtbarkeit des betreffenden Beschlusses ²⁾.

Die Möglichkeit, fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse anzufechten, gibt dem überstimmten Minderheitsgesellschafter ein Instrumentarium in die Hand, um gegen Beschlüsse vorzugehen, die der Mehrheit, d.h. dem Konzern bzw. der Obergesellschaft nutzen, die eigene Gesellschaft aber schädigen.

Der Anfechtung unterliegen grundsätzlich nur Beschlüsse der Hauptversammlung ³⁾. Damit ist bereits ein Haupthindernis für eine erfolgreiche Anwendung der Anfechtungsregeln im Konzernrecht genannt. In beherrschten GmbH-Konzernen, bei denen die Geschäftsführer von der konzernbeherrschenden Gesellschaftermehrheit bestellt wurden, muß nicht jede nachteilsauslösende Weisung oder Maßnahme über die Beschlußfassung der Hauptversammlung laufen. Gerade innerhalb konzernrechtlicher Abhängigkeitsverhältnisse gibt es vielfältige Möglichkeiten faktischer Ein-

1) RGZ 107, 204; 108, 42 u. 327; 113, 193; 115, 303.

2) Schmidt, Konzernrecht, Minderheitenschutz und GmbH-Innenrecht, GmbH-Rdsch. 1979, 126; Schilling in Großkommentar, § 241 AktG, Anm. 20.

3) Baumbach-Hueck, § 243 AktG, Anm. 3; Lehmann, aaO. S. 99.

flußnahme. Diese können von einer Anfechtung nicht erfaßt werden ¹⁾. Auch das Überschreiten unternehmerischen Ermessens oder das Unterlassen bestimmter Maßnahmen kann durch eine Anfechtungsklage nicht geahndet werden ²⁾.

2. Die prozessuale Geltendmachung der Anfechtungsklage

Einem Erfolg der Anfechtungsklage als Mittel zur Begrenzung konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft stehen erhebliche prozessuale Hindernisse im Wege. Allgemein anerkannt ist mittlerweile, daß die aktienrechtliche Einmonatsfrist des § 246 AktG für das GmbH-Recht zu kurz bemessen ist. Die Klageerhebung soll vielmehr nach 'angemessener' Frist erfolgen ³⁾. Die Problematik auch dieser unbestimmten Fristbemessung wird deutlich, wenn man an den Problemkreis der verdeckten Gewinnausschüttung erinnert. Diese zeichnen sich gerade dadurch aus, daß bei bestimmten Maßnahmen z.B. mit Langzeitwirkung die nachteilsauslösende Wirkung erst sehr viel später deutlich wird. Dann dürfte aber in aller Regel eine Anfechtung zu spät kommen.

Die Forderung, die Klagefrist erst ab Kenntnis von dem Anfechtungsgrund laufen zu lassen ⁴⁾, erscheint daher nur folgerichtig, hat sich aber bisher noch nicht durchgesetzt.

Die Anfechtungsklage hat keine aufschiebende Wirkung. Eine Vollziehung auch noch nicht durchgeführter Beschlüsse verhindert sie nicht. Allenfalls kann durch sie ein Schadensersatzanspruch gegen die

1) Reh binder, Treuepflichten im GmbH-Konzern, ZGR 1976, 386.

2) Immenga, aaO, S. 10.

3) Baumbach-Hueck, § 47 GmbHG, Anh. 4 C; Scholz-Fischer, § 47 GmbHG, Anm. 6.

4) Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft S. 279.

Geschäftsführer begründet werden, wenn diese trotz Kenntnis von der erfolgten Anfechtung eine Ausführung der Beschlüsse ohne Rücksicht auf die Folgen einer erfolgreichen Anfechtung durchdrücken. Die Erhebung einer Anfechtungsklage hat dann eine gewisse Präventivwirkung, wenn der Gesellschafterbeschuß noch nicht vollzogen wurde. Als weiteres Hemmnis hat sich die rein kassatorische Wirkung eines Anfechtungsurteils herausgestellt:

Der beanstandete Beschluß wird vom Gericht nur für nichtig erklärt und aufgehoben. Der erfolgreiche Gesellschafter und Anfechtungskläger kann dagegen keine positive Feststellung des Gerichts darüber erreichen, wie der Beschluß in ordnungsgemäßer Form zu lauten hat ¹⁾. Dies gilt selbst dann, wenn sich unschwer ermitteln ließe, welche Gestalt der Beschluß ohne den gerügten Gesetzesverstoß haben würde ²⁾. Nicht selten kann sich aber auch die Erhebung der Anfechtungsklage als sinnlos erweisen, wenn der fragliche Beschluß bereits vollzogen wurde und nicht mehr rückgängig gemacht werden kann ³⁾. So sind Verpflichtungsgeschäfte, die die Geschäftsführer als alleiniges Vertretungsorgan der Gesellschaft (§§ 35 ff GmbHG) mit Dritten abgeschlossen haben, unabhängig von einer möglicherweise fehlerhaften Willensbildung und Beschlußfassung in der Hauptversammlung wirksam.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Interessen der konzernunabhängigen Gesellschafter durch das Mittel der Anfechtungsklage nur sehr bedingt und in begrenztem Maße geschützt werden können. Die Erhebung der Anfechtungsklage erscheint nur sinnvoll, wenn die beanstandete Weisung oder Maßnahme als Beschluß in der Hauptversammlung gefaßt

1) Immenga, aaO.; Ballerstedt, 75 Jahre GmbH-Gesetz, GmbH-Rdsch. 1967, 66, 68 (Fn. 14); Baumbach-Hueck, § 248 AktG., Anm. 5.

2) Immenga, aaO.

3) Wolany, aaO, S. 114.

worden war, bisher noch nicht in Vollzug gesetzt wurde und die nachteilsauslösende oder schädigende Wirkung daher noch nicht eingetreten ist. Keinesfalls ist die Anfechtungsklage geeignet, die Durchsetzung bestimmter Ansprüche zu sichern oder auch nur zu erleichtern. Der Ausspruch der Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses durch das Gericht ist eine nur ungenügende Sanktion und wird oft zu spät kommen.

Die Anfechtungsklage kann für sich allein betrachtet die Aufgabe, die Leitungsmacht des herrschenden Gesellschafters innerhalb des GmbH-Konzerns zu beschränken und Schädigungen der Tochtergesellschaft zu verhindern, nicht erfüllen.

D. Der Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß im geltenden deutschen GmbH-Recht abgesehen von der noch zu unbestimmten Treuepflicht de lege lata die traditionellen Schranken für die Begrenzung der konzernrechtlichen Mehrheitsherrschaft nicht überzeugen können. Weder die Analogie zu § 117 AktG noch die bürgerlichrechtlichen Schranken der §§ 823, 826 BGB, die Erhebung einer Anfechtungsklage oder eine Haftung aus positiver Vertragsverletzung sind allein der Problematik eines wirksamen Minderheitenschutzes gewachsen. Die Gründe hierfür liegen z.T. darin, daß diese Rechtsinstitute den spezifischen Erfordernissen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht gerecht werden und in ihren speziellen Anforderungen nicht auf die innerhalb eines Konzerns vielfältig bestehenden Möglichkeiten, Mehrheitsherrschaft zu Lasten der abhängigen Gesellschaft umdeuten Gesellschafter auszuüben, übertragbar sind.

Angesichts dieser Erkenntnis hat der Gesetzgeber versucht, in einem Regierungsentwurf zum GmbH-Gesetz ¹⁾ auch das GmbH-Konzernrecht erstmals legislatorisch zu gestalten. Bisher ist es jedoch nicht gelungen, diese Konzeption in eine umfassende Reform des geltenden GmbH-Rechtes umzumünzen. Der Regierungsentwurf scheiterte im Bundestag und sein zukünftiges Schicksal ist z.Zt. noch ungewiß. Wenn trotzdem auf seinen Inhalt und die an ihm geübte Kritik eingegangen wird, so deshalb, weil sowohl der Entwurf als auch die sich daran entzündenden zahllosen Kritiken und Verbesserungsvorschläge die Diskussion um die endgültige Gestalt eines zukünftigen GmbH-Konzernrechts vorangebracht und den Blick für die wirklichen Erfordernisse eines wirksamen und gleichzeitig praxisnahen GmbH-Konzernrechts geschärft haben.

1) Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bundestagsdrucksache 7 (1973)/253.

I. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Ver- tragskonzern

1. Das Weisungsrecht bei Bestehen eines Beherr- schungsvertrages

Der Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes lehnt sich in seinem konzernrechtlichen Teil stark an das aktienrechtliche Vorbild der §§ 304 ff AktG an. In ihm ist erstmals der Versuch unternommen worden, auch für das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Schranken des Weisungsrechts des herrschenden Unternehmens gesetzlich zu normieren. Entsprechend der aktienrechtlichen Systematik unterscheidet der Entwurf in dem Teil über verbundene Unternehmen zwischen Konzernen, bei denen die Beziehungen zwischen Ober- und Untergesellschaft vertraglich geregelt sind (Vertragskonzernen) und Konzernen, bei denen ein Beherrschungsvertrag oder ein ähnlicher Vertrag nicht abgeschlossen wurde (faktischer Konzern).

§ 248 des Reg.E. erlaubt bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages innerhalb eines Konzernrechtsverhältnisses dem herrschenden Unternehmen ausdrücklich, den Geschäftsführern der beherrschten Gesellschaft Weisungen bezüglich der Ausübung der Geschäftsführung zu erteilen. Gem. § 249 II Reg.E. sind die Geschäftsführer verpflichtet, den Weisungen des herrschenden Unternehmens zu folgen.

Der Inhalt dieser geplanten Regelung entspricht im wesentlichen der Vorschrift des § 308 AktG ¹⁾. Die geplante konzernrechtliche Bestimmung ändert oder ergänzt die bisherige Rechtslage keineswegs, sondern formuliert für die Beziehungen zwischen herrschenden und beherrschten Unternehmen lediglich das allgemeine kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der Herrschaft der Gesellschaftermehrheit über die Minder-

1) Vgl. die Begründung zu E § 248, S. 388; zu § 308 AktG auch: Beuthien, DB 1968, 1781; Biedenkopf-Koppensteiner, § 308 AktG, Anm. 1 ff; Knoblaue, Leitungsmacht u. Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages nach der Regelung des neuen Aktiengesetzes v. 6.9.1965, Diss. Würzburg 1968.

heit. Dieser Grundsatz findet am einschneidendsten seinen Niederschlag in der Erlaubnis zur Erteilung gesellschaftsrechtlicher Weisungen. Auch die Bestimmung des § 249 Reg.E., durch die den gesetzlichen Vertretern des herrschenden Unternehmens bei der Erteilung von Weisungen die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters auferlegt wird, schließt trotz des aktienrechtlichen Vorbilds in § 309 AktG an die allgemein-gesellschaftsrechtliche Regel des § 43 GmbHG an.

Die entscheidende Frage bei Ausübung eines für eine Gesellschaftermehrheit an sich selbstverständlichen Weisungsrechts betrifft das Problem, inwieweit die herrschenden Gesellschafter berechtigt sind, an die abhängige Tochtergesellschaft auch nachteilige Weisungen zu richten. Die Erteilung nachteilsauslösender Weisungen, die u.U. eine schädigende Wirkung haben können, greift in die elementaren und existentiellen Rechte der abhängigen Gesellschaft und deren konzern-unabhängigen Gesellschafter ein.

Hierzu gewährt § 248 I 2 Reg.E., sofern in dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, das Recht zur Erteilung von für die beherrschte Gesellschaft nachteiligen Weisungen, wenn diese den Belangen der herrschenden Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen dienen. Damit sollte das übergeordnete Konzerninteresse nachteilige Weisungen rechtfertigen und dem herrschenden Gesellschafter erlauben, über das Vermögen der abhängigen Gesellschaft frei zu verfügen ¹⁾.

Die Begründung für die Erlaubnis eines derartig weitreichenden Eingriffs ist in der Entscheidung der abhängigen Gesellschaft zum Abschluß des Beherrschungsvertrages zu sehen. Durch diesen Schritt haben die Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft in freier Entscheidung mehrheitlich auf die eigene Weisungsbefugnis verzichtet ²⁾.

1) Würdinger, § 291 AktG, Anm. 19; Emmerich-Sonnenschein, S. 109; Sonnenschein, Die AG 1976, 147 ff; anderer Meinung: Ballerstedt, ZHR 137, 388.

2) Vgl. Begr. zu E § 248, S. 388.

2. Die Abfindung außenstehender Gesellschafter

Etwas differenzierter ist diese Sachlage jedoch vom Standpunkt der außenstehenden konzernunabhängigen Minderheitsgesellschafter zu sehen. Hatten diese mangels einer Mehrheit in der Gesellschafterversammlung keine Möglichkeit, der Konzernierung ihrer Gesellschaft entgegenzuwirken, kann ihnen eine Zustimmung zu nachteiligen Weisungen, die u.U. ihre eigene Rechtspositionen und ihre eigene Gesellschafterstellung beeinträchtigen können, nicht unterstellt werden. Die Minderheitsgesellschafter sind nicht davor geschützt, nach Abschluß eines Beherrschungsvertrages entgegen ihrem Willen nunmehr einem nicht oder nur eingeschränkt lebensfähigen Unternehmen anzugehören¹⁾. Konsequenterweise war in § 246 Reg.E. die Verpflichtung der Obergesellschaft vorgesehen, auf Verlangen eines außenstehenden Gesellschafters dessen Geschäftsanteil gegen eine im Vertrag bestimmte angemessene Barabfindung zu erwerben.

3. Die Kritik an dem Regierungsentwurf

Im aktienrechtlichen Vorbild entstammt die gesetzliche Regelung von Leitungsmacht und Verantwortlichkeit innerhalb verbundener Unternehmen bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages grundsätzlich einer dringenden Notwendigkeit. Der Abschluß eines Beherrschungsvertrages bei gleichzeitiger Übertragung gewisser gesellschaftlicher Kompetenzen auf die Obergesellschaft durchbricht in schwerwiegender Weise die gesetzliche Zuständigkeitsordnung innerhalb der Aktiengesellschaft²⁾. Die Befugnisse des gesetzlich allein verantwortlichen Vorstandes der abhängigen Aktiengesellschaft (§ 76 AktG) können durch den Beherrschungsvertrag erheblich eingeschränkt werden.

Ganz anders stellt sich die Lage im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung dar. Dort entspricht die Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit in

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 171.

2) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, 1. Aufl., 1973, S. 122, 131 ff.

der Hauptversammlung dem strukturellen Aufbau der GmbH-Verfassung und ist - zumindest formell- durchaus legal ¹⁾. Da in der Konzeption des GmbH-Rechts der Grundsatz der Privatautonomie weitgehend verwirklicht wird, bedeutet der Abschluß eines Beherrschungsvertrages immer auch zugleich die Erlaubnis zu nachteilsauslösenden Weisungen, sofern diese mit dem Inhalt des ausgehandelten Vertrages in Einklang stehen. Die Problematik schädigender Eingriffe durch die herrschende in die beherrschte Gesellschaft bereitet bei Vertragskonzernen in der Praxis kaum Probleme. Es hat daher nicht an Stimmen gefehlt, die die gesetzliche Neuregelung für entbehrlich halten ²⁾, weil in ihr letztlich nur Selbstverständliches festgelegt würde. In der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist gesetzlich legitimierte und rechtlich einwandfreie Mehrheitsherrschaft auch ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrages möglich ³⁾. Die Geschäftsführung ist in ihren Handlungen stets den Weisungen der Mehrheit der Gesellschafterversammlung unterworfen, gleichgültig ob diese konzerngebunden ist oder nicht.

Zu der entscheidenden Frage der Haftung des herrschenden Unternehmens für verbotene oder sorgfaltswidrige Weisungen schweigt der Entwurf - übrigens ebenso wie sein aktienrechtliches Vorbild ⁴⁾.

Wie die Begründung zur Reform des Aktiengesetzes von 1965 entnommen werden kann ⁵⁾, soll das herr-

1) Würdinger, S. 122.

2) Emmerich-Sonnenschein, 1. Aufl. 1973, S. 172; vgl. dazu auch die Ergebnisse der rechtstatsächlichen Untersuchungen bei Pleyer-Westermann-Lieser, S. 56.

3) Barz in Hachenburg, § 13 Anh. II, Anm. 30.

4) Ballerstedt GmbH-Reform, Mitbestimmung, Unternehmensrecht, ZHR 135, 495.

5) Begründung zu § 298 Reg.E. = § 309 AktG (Bundestagsdrucksache IV 171, S. 227.

schende Unternehmen nach den "allgemeinen Grundsätzen auf Grund des Vertrages" (d.h. wohl aus positiver Vertragsverletzung) ¹⁾ haften. Ähnliches muß mangels eigenständiger Regelung bei gleichzeitiger Übernahme der aktienrechtlichen Regelung auch für den Entwurf eines GmbH-Gesetzes gelten.

Auch die Möglichkeit, gegen Zahlung einer Abfindungssumme die Gesellschaft verlassen zu können, erscheint keineswegs bedenkenfrei. Abgesehen von der Schwierigkeit, den exakten Wert von GmbH-Anteilen zu berechnen ²⁾, für den die Orientierung an einem Börsenpreis nicht gegeben ist, werden nach Zahlung einer Abfindungssumme die Gesellschafter aus der Gesellschaft entfernt ³⁾. Denkbar ist, daß die Mehrheitsgesellschafter den Beherrschungsvertrag so abschließen, daß einzelnen Gesellschaftern infolge der für sie nachteiligen Konditionen kaum ein anderer Weg bleibt als die Annahme einer Abfindungssumme bei gleichzeitigem Ausscheiden aus der Gesellschaft. Die Gefahr, daß die Mehrheit auf diese Weise ihren Stimmenanteil in der Gesellschaft noch vergrößern kann, indem mißliebige oder unbequeme

1) Dazu S. 35 ff.

2) Generell: Kropff, DB 62, 155 ff; ders., DB 65, 1280 ff; zu den Schwierigkeiten bei der Bewertung von Unternehmensanteilen: Emmerich-Sonnenschein, S. 182, 184, 185; Hüchting, S. 31, 51; Albach, Die AG 1966, 180, 184; ders., NB 1966, 205 u. Biedenkopf-Koppens-Steiner, § 305 AktG, Anm. 17, gehen übereinstimmend davon aus, daß sich eine angemessene Barabfindung aus dem Ertragswert des Unternehmens berechnet (Ertragswerttheorie).

3) Emmerich-Sonnenschein, S. 182 ff; vergleichen deren Stellung zu Recht mit derjenigen eines "Gesellschaftsrentners" (S. 179); ebenso Mestmäcker, Festgabe für Kronstein, S. 138; vgl. auch die abschreckenden Beispiele im Aktienrecht wie die Fälle Audi/NSU-Vw-Auto-Union (Emmerich-Sonnenschein, S. 185), Germania Zementwerke (aaO, S. 186), Ilseder Hütte (aaO, S. 187).

Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgebootet werden ¹⁾, dürfte nicht von der Hand zu weisen sein. Wenn es auch überspitzt erscheint, in diesem Zusammenhang die Zahlung von Abfindungssummen gleichzusetzen mit einer Enteignung oder Expropriation ²⁾, so ist aber eine Lösung im Sinne eines Minderheitenschutzes interessengerechter, die von dem Fortbestand der Mitgliedschaft ausgeht und diese zu sichern sucht. Zugleich wird durch eine solche Grundkonzeption auch der Tendenz zu größeren Machtzusammenballungen und Konzentrationen entgegengewirkt ³⁾.

Auch der Vorschlag, die Minoritäre durch Anteile an der Muttergesellschaft abzufinden ⁴⁾, erscheint dann wenig glücklich, wenn es sich bei der Muttergesellschaft um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt. Diese Lösung kann bei der typischerweise geringeren Anzahl von Anteilseignern und der damit verbundenen stärkeren Rechtsstellung der GmbH-Gesellschafter nur zu Schwierigkeiten führen ⁵⁾. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft ist es in diesem Fall nicht haltbar, der Gesellschaft fremde Gesellschafter aufzwingen zu wollen. Gerade hier ist das persönliche Verhältnis der Gesellschafter zueinander von großer Wichtigkeit und sollte nicht durch die Hereinnahme fremder Gesellschafter durchlöchert werden.

II. Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern

1. Das Weisungsrecht bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages

Anders als bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages geht der Reformgesetzgeber in § 251 Reg.E. vom

1) Emmerich, JuS 1973, 520, 521; v. Falkenhausen, Verfassungsrechtl. Grenzen, S. 3, Fn. 5.

2) Martens, DB 1970, 817; Pleyer-Westermann-Lieser, S. 58

3) Pleyer-Westermann-Lieser, aaO.

4) Entspr. d. Regelung in § 320 V 3 AktG.

5) Pleyer-Westermann-Lieser, S. 56; Eder, GmbH-Rdsch, 1970, 251.

grundsätzlichen Verbot nachteiliger Weisungen im faktischen Konzern aus ¹⁾. Eine Abweichung von diesem Verbot soll nur gestattet werden, wenn infolge der Weisung die für die beherrschte Gesellschaft aufgetretenen Nachteile durch wertgleiche Vorteile ausgeglichen werden. Durch das generelle Verbot jeglicher Nachteilszufügung soll die abhängige Gesellschaft wirtschaftlich letztlich so gestellt werden, wie sie stünde, wenn sie ihr Unternehmen noch unabhängig und im Interesse aller Gesellschafter führen würde ²⁾.

Der Nachteilsausgleich hat idR sofort, spätestens aber mit Ablauf des Geschäftsjahres zu erfolgen, in dem die Maßnahme vollzogen wurde. Kommt das herrschende Unternehmen dieser gesetzlich vorgesehenen Ausgleichspflicht nicht fristgerecht nach, so soll es gegenüber der abhängigen Gesellschaft und den Gesellschaftern zum Ersatz des daraus entstandenen unmittelbaren Schadens verpflichtet werden (§ 258 Reg.E.). Bloße Nachteilszufügung reicht aus, ein Verschulden ist nicht erforderlich.

Gem. § 253 Reg.E. sollten die Gesellschafter einer abhängigen Gesellschaft für den Fall, daß bei einem Gesellschafter das Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher ausgeschlossen oder beschränkt wurde, einen jährlichen Abhängigkeitsbericht aufstellen, in dem

1) Zur Problematik des faktischen Konzerns grds.: Ihde, Der faktische GmbH-Konzern, Heidelberg 1974; Geßler, Leitungsmacht u. Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, Festschr. für Westermann, S. 145 ff; Kropff, Der faktische Konzern als Rechtsverhältnis, DB 1967, 2147 ff, 2204 ff; Luchterhandt, Leitungsmacht u. Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, ZHR 133, 1; Mestmäcker, Festgabe für Kronstein, S. 129 ff, 146; Möhring, Festschrift f. Schilling, S. 261; Paehler, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, Bielefeld 1972.

2) Biedenkopf-Koppensteiner, Vorbem. vor § 311 AktG, Anm. 7; ders. § 311 AktG, Anm. 36; Kropff, § 311 AktG, Rdr. 35; Geßler, Festgabe f. Kunze, S. 165; Mestmäcker, Festgabe f. Kronstein, S. 146.

alle Geschäfte der Gesellschaft mit ihrer Obergesellschaft sowie alle Maßnahmen auf deren Weisung oder deren Interesse aufgeführt werden.

2. Die Kritik an der Regelung des Regierungsentwurfs zum faktischen Konzern

Ein wirksames GmbH-Konzernrecht steht und fällt mit einer praktikablen und interessengerechten Regelung des faktischen Konzerns. Hier ist das Kernstück des Konzernrechts ¹⁾ und der Prüfstein, an dem sich jeder einzelne Lösungsvorschlag messen lassen muß ²⁾. Da sich der Reg.E. zur Neuregelung des GmbH-Gesetzes z.T. fast wörtlich an die aktienrechtliche Regelung anlehnt ³⁾, ist bei seiner Beurteilung auch auf die Erfahrungen mit der aktienrechtlichen Regelung unter Berücksichtigung der Eigenarten der GmbH zurückzugreifen.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur sind die §§ 311-318 AktG und deren fast wörtliche Übernahme in das GmbH-Recht auf großen Widerstand gestoßen ⁴⁾. Es ist die Rede von der größten Fehlleistung der Aktienrechtsreform ⁵⁾, einer untauglichen ⁶⁾, ungeeigneten ⁷⁾ und ineffektiven ⁸⁾ Konzeption, die mangels Praktikabilität ⁹⁾ nicht in das GmbH-Recht über-

1) Kropff, Begr. Reg.E. zu § 311 AktG, S. 407.

2) So für das Aktienrecht: Mestmäcker, Festgabe für Kronstein, S. 139.

3) Vgl. Begr. zu § 251 Reg.E., S. 390.

4) Kritisch vor allem: Arbeitskreis GmbH-Reform, Bd. II, S. 49 ff, 66 ff; Centrale für GmbH, GmbH-Rdsch. 1970, 95; Eder, GmbH-Rdsch. 1970, 249; Emmerich, JuS 1973, 520; Emmerich-Sonnenschein, 1. Aufl., S. 174 f; Kropff, § 311 AktG, Anm. 11; Martens, DB 1970, 813 ff; 865 ff; Pleyer-Westermann-Lieser, S. 53 ff; Würdinger, Betrachtungen z. faktischen Konzern, DB 1973, 45; ders., GroBkomm. § 311 AktG, Anm. 5; weniger krit: Rehbindner, GmbH-Reform S. 146, 156 ff; zust.: Ballerstedt, ZHR 135, 383, 401 ff; Geßler, Festschr. f. Westermann, 145; positiv, aber wohl mehr aus der Sicht der Konzernleitung: Walther, ZGR, 1974, 208.

5) Martens, DB 1970, 865.

6) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 278.

7) Biedenkopf-Koppensteiner, § 311 AktG, Anm. 36.

8) Emmerich-Sonnenschein, S. 218.

9) Emmerich-Sonnenschein, aaO.

tragen werden sollte, weil sie dort ebenfalls unpraktikabel sei und systematisch einen Fremdkörper darstelle ¹⁾. Die aktienrechtliche Regelung wird weiter bezeichnet als im wesentlichen mißlungen ²⁾, weil sie weder den Gesellschaftern noch den Gläubigern der Gesellschaft einen wirksamen Schutz zu bieten vermöge.

Einige Kritiker ³⁾ bezweifeln, ob ein wirksames GmbH-Konzernrecht eine Übernahme des Prinzips der Nachteilsausgleichung, wie in den §§ 251 ff Reg.E. ursprünglich vorgesehen, wirklich erfordert. In der Tat bestehen wegen der strukturellen Unterschiede in der Verfassung von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung Bedenken gegen eine entsprechende Übernahme der aktienrechtlichen Regelung.

Im Aktienrecht erscheint es infolge der gesetzlich festgelegten eigenverantwortlichen Stellung des Vorstandes in § 76 AktG eher geboten, die Schranken der Weisungsmacht für verbundene Unternehmen gesetzlich zu fixieren. In der Gesellschaft mit beschränkter Haftung dagegen ist die Beherrschung der Gesellschaft über eine Gesellschaftermehrheit in 'normalen', d.h. unverbundenen Gesellschaft ebenso wie in der konzernverbundenen Gesellschaft formal legal und fast selbstverständlich. Auch die aktienrechtlichen Erfahrungen mit den §§ 311 ff AktG sind nicht dazu angetan, eine Übernahme dieser Regelung in das GmbH-Recht überzeugend zu rechtfertigen ⁴⁾.

1) Eder, GmbH-Rdsch. 1970, 249, 250; H.M. Schmidt, GmbH-Rdsch. 1969, 197; Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, S. 5.

2) Emmerich-Sonnenschein, 1. Aufl., S. 175

3) So: Eder, aaO, S. 251.

4) So aufgrund rechtstatsächlicher Untersuchungen: Pleyer-Westermann-Lieser, S. 68.

a) Die Privilegierung des herrschenden Unternehmens

Erläßt die Gesellschaftermehrheit in einer unbundenen Gesellschaft Weisungen an die Geschäftsführung, die sich gesellschaftsschädigend oder nachteilig auswirken können, so sollen diese Weisungen nach dem Willen des Regierungsentwurfs stets unter dem Verbot eines Machtmißbrauchs (E. § 126) und dem Gebot einer strikten Ersatzpflicht für jede nachteilige Einflußnahme stehen. Besteht eine Unternehmensverbindung, soll derselbe Eingriff rechtmäßig sein, wenn nur sofort oder aber bis zu einem Jahr nach Erlaß oder Durchführung der Maßnahme ein Nachteilsausgleich erfolgt ist.

Diese widersprüchliche Regelung im Regierungsentwurf bedeutet eine Privilegierung des Unternehmensgesellschafters ¹⁾. Das herrschende Unternehmen innerhalb eines Konzernverbandes kann der strengen Schadensersatzpflicht für eine nachteilige Einflußnahme dadurch entgehen, indem es diese durch Zahlung eines Nachteilsausgleichs nachträglich legitimiert. Dies kann sich u.U. dann als besonders vorteilhaft erweisen, wenn es sich um Maßnahmen handelt, deren Auswirkungen in letzter Konsequenz noch nicht voll überschaubar sind. Die Höhe des Nachteilsausgleichs muß in diesem Fall für einen nur voraussehbaren Schaden geschätzt werden. Nicht voraussehbare, erhebliche Schäden können demnach keine Berücksichtigung finden. Eine Ersatzpflicht für nachteilige Maßnahmen oder Rechtsgeschäfte sollte aber einen vollen Schadensausgleich umfassen.

1) Emmerich, Das GmbH-Konzernrecht, S. 11; ebenso Würdinger, Probleme der GmbH-Reform, S. 129; Emmerich-Scholz, GmbHG, Anh. II, RdM. 99; Kropff, DB 1967, 2147, 2148.

Sachliche Gründe für eine Andersbehandlung und Sonderstellung eines herrschenden Unternehmens bei Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses zweier Gesellschaften untereinander sind nicht ersichtlich.

b) Der Nachteilsausgleich

Das Prinzip der Erlaubnis auch nachteiliger Weisungen im faktischen Konzern bei gleichzeitigem Nachteilsausgleich stößt auf erhebliche und bisher fast unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage, wann und in welchem Maße eine Maßnahme oder Weisung der herrschenden Gesellschaft für das beherrschte Unternehmen eine nachteilsauslösende Wirkung hat.

Unrichtig ist es, den Begriff des Nachteils dem des Schadens gleichzusetzen ¹⁾, auch wenn im Einzelfall der ermittelte Betrag deckungsgleich sein kann. Dem steht die Systematik sowohl des Reg.E. in §§ 251 und 252 als auch der zugrundeliegenden aktienrechtlichen Regelung in den §§ 317, 318 AktG entgegen. Welchen Sinn sollte die gesetzliche Unterscheidung zwischen sofortigem Nachteilsausgleich und späterer Schadensersatzpflicht haben, wenn beide Begriffe übereinstimmend gemeint sind?

Maßstab für die Nachteiligkeit einer Maßnahme oder eines Rechtsgeschäfts soll sein dasjenige Verhalten der Gesellschaft, das sie gezeigt hätte, wenn sie von unabhängigen, ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführern geleitet worden wäre ²⁾. Abzustel-

1) Emmerich-Sonnenschein, S. 205; Geßler, Festschr. für Westermann, S. 145; Biedenkopf-Koppensteiner, § 317, Rdn. 11 f; Paehler, aaO, S. 60; abzulehnen insow.: Kellmann, BB 1969, 1509, 1512; ders., ZGR 1974, 220 ff; Möhring, Festschr. f. Schilling, S. 265; Godin-Wilhelmi, Anm. 2 zu § 317 AktG, Anm. 2.

2) Emmerich-Sonnenschein, S. 210; Kropff, § 311 AktG, Rdn. 37 u. 108; a.A.: Luchterhadt, ZHR 133, 15, der den Begriff des Nachteils von den Rechtsfolgen der Maßnahme her bestimmen will.

len ist also auf ein nur gedachtes und hypothetisches Verhalten. Anders als bei einer Verpflichtung zu Schadensersatz, bei der für jeden adäquat verursachten Schaden eine Ersatzpflicht eintritt, ist ein Nachteilsausgleich dann nicht zu leisten, wenn ein sorgfältiger Geschäftsführer mit dem Eintritt eines Schadens nicht zu rechnen brauchte ¹⁾. Während ein Nachteilsausgleich auf eine Geldleistung in Höhe der Vermögensminderung gerichtet ist, zielt ein Schadensersatz auf Naturalrestitution. Ein grundlegender Unterschied besteht im maßgebenden Zeitpunkt für die Ermittlung der Höhe der Ausgleichspflicht. Nimmt man das hypothetische Verhalten der Geschäftsführung als Grundlage, dann kann der maßgebende Zeitpunkt für die Ermittlung des Nachteilsausgleichs nur der der Vornahme oder Unterlassung der in Frage stehenden Weisung oder Maßnahme sein. Er ist also ex tunc zu bestimmen ²⁾. Dieser Zeitpunkt für die Bestimmung der Höhe des Nachteilsausgleichs führt zu erheblichen Schwierigkeiten. Eine solche Regelung läßt unberücksichtigt, daß es Maßnahmen und Rechtsgeschäfte gibt, deren Auswirkungen und eventuelle Risiken in vermögensrechtlicher Hinsicht erst nach einiger Zeit deutlich werden. Erinert sei z.B. an die Eingehung langfristiger Liefer- oder Vertragsbedingungen oder an in die Zukunft weisende Investitionsentscheidungen, deren Auswirkungen sich exakt u.U. erst nach Jahren feststellen lassen. Solche auch bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt nicht voraussehbaren späteren Entwicklungen müssen bei einer Ex-tunc-Betrachtung unberücksichtigt bleiben. Unbedenklich ist es zwar, wenn

1) Luchterhandt, ZHR 133, 21.

2) Für d. aktienrechtliche Regelung: Biedenkopf - Koppensteiner, § 311, Rdn. 11; Rasch, Konzernrecht, S. 162; Geßler, Festschr. f. Westermann, S. 145, 163 f; Ihde, aaO, S. 63 ff; a.A. Kellmann, BB 1969, 1513 ff; Möhring, Festschr.f. Schilling, S. 265; Paehler, aaO, S. 44.

herrschendes und beherrschtes Unternehmen in Erwartung von Spätfolgen eine Ex-post-Betrachtungsweise vereinbaren ¹⁾. Davon unberührt bleibt aber weiterhin die Frage, ob eine Ex-post-Betrachtungsweise auch dann anwendbar ist, wenn eine Abmachung nicht getroffen wurde und unerwarteterweise durch die Konzernmaßnahme verspätete Nachteilswirkungen eintreten. Eine generelle Ex-post-Bewertung bei Rechtsgeschäften oder Maßnahmen mit Langzeit- oder Spätwirkungen dürfte von der gesetzlichen Regelung nicht gedeckt sein. Das wirtschaftliche Risiko einer unternehmerischen Entscheidung auf Veranlassung der Obergesellschaft verbleibt bei der abhängigen Gesellschaft ²⁾. Dies bedeutet eine Konsequenz, die dem Gedanken eines wirklichen Nachteilsausgleichs geradezu zuwiderläuft. Unklar bleibt auch, wie bei einer gegenseitigen Aufrechnung von Vor- und Nachteilen personelle Maßnahmen oder Entscheidungen berücksichtigt werden können, die im Sinne einer Ausgleichsberechnung nicht quantifizierbar sind ³⁾.

Der Gedanke eines Einzelausgleichs für jede nachteilsauslösende Weisung oder Maßnahme läßt auch die innerhalb eines Konzerns bestehenden vielfältigen und gegenseitigen Einflußnahmen und Beziehungen außer Betracht. Bei den Beziehungen zwischen verbundenen Unternehmen handelt es sich keinesfalls um eine Einbahnstraße zu Lasten der beherrschten Gesellschaft. Auch die konzernierte Gesellschaft, die schließlich freiwillig den Anschluß an die Obergesellschaft gesucht hat, kann Vorteile aus der Konzernierung ziehen, wie z.B. durch Verringerung von Betriebs- und Verwaltungskosten, Anschluß an

1) Kropff, § 311 AktG, Rdn. 117.

2) EnBlin, DB 1968, 1190, 1191; Luchterhandt, ZHR 133, 19.

3) Albach, aaO, NB 1966, 205.

das Vertriebsnetz der Obergesellschaft oder Sicherheit durch deren u.U. größere finanzielle Leistungskraft. Einseitige Anweisungen der Konzernspitze sind seltener, viele unternehmerische Entscheidungen beruhen vielmehr auf gemeinsamen Beschlüssen und ergehen aufgrund gemeinsamer Beratungen ¹⁾. Konzerne werden in einer Vielzahl von Fällen nicht rein autoritär, sondern kooperativ geführt ²⁾. Es ist hier ein kompliziertes System von Leistung und Gegenleistung anzutreffen. Wenn es sich innerhalb eines Konzerns um ein ständiges Wechselspiel zwischen Geben und Nehmen handelt ³⁾, erscheint es unverständlich, eine einzelne, durch die Obergesellschaft veranlaßte Maßnahme herauszugreifen und diese dann für einen Nachteilsausgleich in Geldwert berechnen zu wollen ⁴⁾. Auch kann es im Einzelfall sehr schwierig sein, festzustellen, ob und in welcher Höhe eine Einzelmaßnahme der Obergesellschaft die abhängige Gesellschaft tatsächlich schädigt. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang lediglich an die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung ⁵⁾, die Abgabe von Leistungen zu bloßen Konzernverrechnungspreisen oder an Leistungen, für die eine Orientierung an gängigen Marktpreisen nicht möglich ist, weil es für bestimmte Leistungen des abhängigen Unternehmens einen Markt im Sinne einer objektiven Bewertung, wie unter unabhängigen Gesellschaften üblich, nicht gibt ⁶⁾.

Alle diese aufgezeigten Schwierigkeiten erhöhen sich noch erheblich, wenn im Einzelfall nicht der simple

1) Aufgrund einer rechtstatsächlichen Untersuchung: Pleyer-Westermann-Lieser, aaO, S. 54.

2) Kropff, § 311 AktG, Rdn. 5.

3) Eder, Der GmbH-Konzern in der Unternehmenspraxis, GmbH-Rdsch. 1970, 249, 250.

4) Im Ergebnis ebenso: Reh binder, GmbH-Reform, S.156; Albach, Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen, NB 1966, 205.

5) Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 218.

6) Albach, aaO, NB 1966, 205.

und klar überschaubare Grundfall eines zweistufigen Konzerns betroffen ist. Insbesondere bei komplizierten und in mehreren Ebenen ineinander verschachtelten Beteiligungen unter Einschaltung von Holding-Gesellschaften, wie sie bei multinationalen Gesellschaften mit Hauptsitz im Ausland immer wieder vorkommen, ist es um ein Vielfaches schwieriger, nachzuweisen, ob und in welcher Höhe und in welcher Form eine Maßnahme die abhängige Tochtergesellschaft oder gar eine Enkelgesellschaft ¹⁾ benachteiligt hat ²⁾. Die von Mestmäcker ³⁾ getroffene Feststellung, daß bei enger wirtschaftlicher Verflechtung der Konzernmutter mit der abhängigen Tochter vielfach kaum zu ermitteln sei, ob eine einzelne Maßnahme die Tochtergesellschaft wirklich benachteiligt, dürfte auch in dieser Allgemeinheit für das GmbH-Recht Gültigkeit haben.

Im betriebswirtschaftlichen Schrifttum wird teilweise die Unmöglichkeit betont, einzelne Rechtsgeschäfte oder sonstige Maßnahmen, die auf Weisung der Obergesellschaft erfolgt sind, aus den konzernrechtlichen Gesamtbeziehungen herauszulösen und in einer isolierten Betrachtungsweise zu prüfen, ob sie für die Untergesellschaft nachteilig gewesen sind und, wenn diese Frage noch bejaht werden kann, wie sich dieser Nachteil in einem Geldwert ausdrücken läßt ⁴⁾. Die Beziehungen zwischen Ober- und

1) Zu derartigen Beteiligungsformen vgl. Kropff, § 311 AktG, Rdn. 186 ff.

2) Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 303.

3) Mestmäcker, aaO.

4) Albach, aaO, NB 1966, 204, 205; ders., AG 1966, 180, 184. Auch der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten geht davon aus, daß der Beitrag, den ein unselbständiger Unternehmensteil zum Ertrag des Gesamtunternehmens leistet, betriebswirtschaftlich nicht isoliert werden kann: Philadelphia v. Dipple, 312 U.S. 168, 174 (1941): "Es ist augenscheinlich eine unlösbare Aufgabe, das angemessene Verhältnis zwischen Erträgen des Konzerns im ganzen zu jenen Beiträgen zu ermitteln, die die eingegliederten Tochtergesellschaften hierzu geleistet haben".

Untergesellschaft innerhalb verbundener Unternehmen sind viel zu komplexer Natur, als daß eine Einzelmaßnahme aus dem Zusammenhang konzernmäßigen Zusammenspiels herausgenommen werden könnte. Auch wenn der Meinung von der Unmöglichkeit einer Berechnung als sicherlich zu weitgehend nicht gefolgt werden kann ¹⁾, bleibt immerhin als Ergebnis festzuhalten, daß die Berechnung eines Nachteilsausgleichs einen hohen Einsatz an Arbeit und Kosten erfordert. Dieser Aufwand, der insbesondere von kleineren Konzernen nur schwerlich aufzubringen sein dürfte, steht in keinem Verhältnis zu dem angestrebten Zweck eines wirksamen Minderheitenschutzes. Eine gerechte Bewertung eines Nachteils zeigt sich als eine langwierige, komplizierte und schwerfällige Prozedur, die wegen ihrer bürokratischen Natur eine Konzernverwaltung in nicht unerheblichem Maße belasten kann ²⁾.

Ein Ausgleich von Vor- und Nachteilen einer Konzernierung muß, soll er gerecht erfolgen, den Gesamtzusammenhang der gegenseitigen Beziehungen berücksichtigen.

c) Der Abhängigkeitsbericht

Auch das Erfordernis, einen Abhängigkeitsbericht aufzustellen, ist in Literatur und Praxis auf wenig Gegenliebe gestoßen. Den Befürwortern der Regelung eines Konzernrechts, wie sie letztlich ihren Niederschlag im Aktienrecht gefunden hat, war von Anfang an klar, daß die Durchsetzung etwaiger Er-

1) Pleyer-Westermann-Lieser, S. 68.

2) Im Ergebnis ebenso: Bachelin, S. 48, der das Problem möglicherweise als überhaupt nicht lösbar bezeichnet; ebenso: Mestmäcker, S. 310 f, 316.

satzansprüche der Gesellschafter gegen das herrschende Unternehmen seine Grenzen finden konnte an der mangelnden Information der außenstehenden Gesellschafter. Diesem Dilemma sollte die Verpflichtung, einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen, abhelfen ¹⁾. Durch ihn soll nachgeprüft werden, ob die abhängige Gesellschaft auf Veranlassung oder im Interesse der herrschenden Gesellschaft Maßnahmen getroffen oder unterlassen hat, die für sie selbst nachteilig waren. Ein derartiger Bericht über die Beziehungen der Obergesellschaft zu den mit ihr verbundenen Unternehmen erfordert einen hohen verwaltungsmäßigen Aufwand und erhebliche Kosten ²⁾. Für größere Konzerne kann das bedeuten, daß für diese Aufgabe sogar eine eigene Abteilung eingerichtet werden muß ³⁾. Innerhalb eines einheitlichen, für alle GmbH-Konzerne geltenden Konzernrechts erscheint ein solcher bürokratischer Aufwand insbesondere für die kleineren Unternehmen nicht zumutbar ⁴⁾.

1) Erstmals: Flume, Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform, DB 1959, 191; Emmerich-Sonnenschein, S. 220 mwN.

2) Aufgrund rechtstatsächlicher Untersuchungen: Pleyer-Westermann-Lieser, aaO, S. 54; Würdinger, Betrachtungen zum faktischen Konzern, DB 1973, 43, 45.

3) Pleyer-Westermann-Lieser, aaO.

4) Differenziert Reh binder, GmbH als Konzernunternehmen, GmbH-Reform, S. 159; ders., Treuepflichten im GmbH-Konzern, ZGR 1976, 406, der vorschlägt, einen obligatorischen Abhängigkeitsbericht erst von einer bestimmten Unternehmensgröße an zu fordern, da ein Pflichterfordernis eines Abhängigkeitsberichts für kleinere Gesellschaften "mißlich" sei.

Ob sich das aktienrechtliche Vorbild in der Praxis bewährt hat, ist lebhaft umstritten ¹⁾. Ballerstedt ²⁾ und Geßler ³⁾ berichten, daß seitens der Wirtschaftsprüfer immer wieder die präventive Wirkung betont wird, die die herrschende Gesellschaft vor gewissen nachteiligen Maßnahmen zurückhält. Dem werden bereits Zweifel an der Unabhängigkeit der Abschlußprüfer entgegengehalten. Diese sind als Auftragnehmer von dem herrschenden Unternehmen als ihrem Kunden und damit Geldgeber u.U. abhängig und könnten bestrebt sein, im Interesse einer Wiederwahl den Abhängigkeitsbericht einer nicht allzu kritischen Prüfung zu unterziehen ⁴⁾.

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß das Verbot, die abhängige Gesellschaft ohne vollen Ausgleich zu nachteiligen Maßnahmen oder Rechtsgeschäften zu veranlassen, hinsichtlich seiner praktischen Durchführung erhebliche Schwächen aufweist. Diese wirken sich im GmbH-Recht noch deutlicher aus als im Aktienrecht. Bei einer künftigen Neuregelung wird die Frage Berücksichtigung finden müssen, ob eine derartig arbeits- und kostenintensive Regelung innerhalb eines Gesamtkonzepts für eine einheitliche GmbH-Reform allen Gesellschaften mit beschränkter

-
- 1) Kritisch: Koppensteiner, ZGR 1973, 1, 11 f; Kronstein, Festschrift für Geßler, S. 219, 220; Kropff, § 311 AktG, Vorb. 18 ff; Emmerich-Sonnenschein, S. 220.
 - 2) Ballerstedt, GmbH-Reform, Mitbestimmung, Unternehmensrecht, ZHR 135, 383, 405.
 - 3) Geßler, Neue Vorschläge zum GmbH-Konzernrecht, DB 1973, 48, 52.
 - 4) So Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 218 f; Koppensteiner, ZGR 1973, 1, 11 f; Rasch, Konzernrecht, S. 160 f; a.A. Begr. zum Reg.E. § 313, S. 414; Kropff, BB 1965, 1281, 1289.

Haftung und damit auch den kleinen Gesellschaften zugemutet werden kann ¹⁾.

Das Ziel der aktienrechtlichen Regelung war u.a. auch, durch bürokratisch schwerfällige Hindernisse und Regelungen für den faktischen Konzern die Wirtschaft zur Bildung von Vertragskonzernen zu veranlassen ²⁾. Eine gleichartige Zielsetzung auch für die Konzeption eines GmbH-Konzernrechts erscheint jedoch in mehrfacher Weise verfehlt. Dagegen sprechen die andersartige Struktur der GmbH-Verfassung, die Möglichkeit der Ausübung legaler Herrschaftsmacht über die Gesellschafterversammlung mittels einer Gesellschaftermehrheit sowie die gerade in einer GmbH in weit stärkerem Maße ausgeprägten persönlichen Bindungen der Gesellschafter an ihre Gesellschaft.

Bisher zeichnete sich die GmbH gerade gegenüber der Aktiengesellschaft durch größere Flexibilität und Befreiung von mancherlei bürokratischen Formerfordernissen und Beschränkungen aus. Wenn auch im GmbH-Konzernrecht Druck in Richtung auf Bildung von Vertragskonzernen ausgeübt werden soll, so dient dies nicht in jedem Fall dem Schutz der Minderheit. Vielmehr besteht die Gefahr, daß die Minderheitsgesellschaften gedrängt werden, auf Abfindungsangebote einzugehen und die Gesellschaft zu verlassen. Ein gesetzlicher Zwang zum Vertragskonzern würde die

1) Bezüglich Aufwand und Kosten vgl. die rechtstatistischen Untersuchungen bei Pleyer-Westermann-Lieser, aaO, S. 54; Walther, Erfahrungen mit dem GmbH-Konzernrecht, ZGR 1974, 217, berichtet, daß bei Aktiengesellschaften die Kosten für den Abhängigkeitsbericht zwischen 5 000 und 250 000 DM liegen können.

2) Zöllner, Einführung in das Konzernrecht, JuS 1968, 297, 305.

Bildung größerer wirtschaftlicher Machtzusammenballungen erleichtern ¹⁾. Dies würde eine Entwicklung fördern, die zu bremsen oder zu verhindern zwar nicht allein Aufgabe des Konzernrechts ist ²⁾, die aber durch konzernrechtliche Regelungen auch nicht beschleunigt werden sollte.

III. Die Alternativvorschläge zu den gesetzgeberischen Plänen

Letztlich hat die Heftigkeit und die Vielzahl der vorgetragenen Argumente sowohl von Seiten der Rechtslehre als auch der wirtschaftlichen Praxis dazu beigetragen, daß der Regierungsentwurf zur Reform des GmbH-Gesetzes acht Jahre nach seinem Erscheinen wieder in den Schubladen des Gesetzgebers verschwand und dort eines ungewissen Schicksals harrt.

Generell lassen sich die Einwände gegen den Regierungsentwurf in mehrere Hauptgruppen einteilen. Ein Teil der Meinungen, allen voran die Centrale für GmbH ³⁾ und der Deutsche Anwaltverein ⁴⁾, lehnten zunächst rundweg die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neunormierung eines GmbH-Gesetzes ab. Andere beklagten eine zu sehr perfektionistische, sich in Einzeldetails verlierende und zu stark an das Aktienrecht angelehnte Regelung ⁵⁾. Diese schränke die Elastizität und Gestaltungsfreiheit ⁶⁾ ein, die nun einmal das Wesen der GmbH ausmache und wesentlich zum Erfolg dieser Gesellschaftsform bei-

1) Pleyer-Westermann- Lieser, S. 58.

2) Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 44 ff.

3) Centrale für GmbH, "Die GmbH darf keine kleine AG werden", GmbH-Rdsch. 1970, 95.

4) Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, S. 2, 5.

5) Lutter, Probleme der GmbH-Reform, S. 63, 94.

6) Eder-Berg-Gottschling-Gaul, Handbuch der GmbH, S. 212.

getragen habe und die den starken personalistischen Charakter der GmbH unberücksichtigt lasse ¹⁾. Eine andere vielverbreitete Meinung bejahte zwar grundsätzlich die Notwendigkeit einer Neukodifizierung des GmbH-Gesetzes, lehnte aber die geplanten Regelungen teilweise ab, weil sie sich schon im Aktienrecht nicht bewährt hätten. Diese Gruppe versuchte, statt dessen andere Lösungsmöglichkeiten dagegenzuhalten ²⁾. Streit besteht für den konzernrechtlichen Teil der Reform auch darüber, ob der faktische Konzern verboten werden ³⁾, ob er einen gleichberechtigten Platz neben dem Vertragskonzern finden ⁴⁾ oder ob er als typischer Regelfall, wie er in der Praxis am häufigsten anzutreffen sei ⁵⁾, in den Mittelpunkt des Konzernrechts gerückt werden soll.

1. Das Verbot des faktischen Konzerns

Um den aufgeführten Schwierigkeiten des GmbH-Entwurfs bei einer Antwort auf die Frage nach den Schranken der Leitungsmacht beim faktischen Konzern zu begegnen, haben vor allem Würdinger ⁶⁾ und Martens ⁷⁾ in die Diskussion den Vorschlag eingebracht, in einem neuen GmbH-Konzernrecht den faktischen Konzern zu "verbieten" und nur den Vertragskonzern zuzulassen. Jeder schädigende Eingriff in die abhängige Gesellschaft sollte ohne vorherigen Ab-

1) Eder-Berg-Gottschling-Gaul, aaO, S. 8.

2) Martens, DB 1970, 813 ff, 865 ff; Pleyer-Westermann-Lieser, S. 53 ff.

3) Würdinger, Probleme der GmbH-Reform, S. 122 ff, 128; Martens, DB 1970, 865, 867 f.

4) Im Aktienrecht: Kropff, § 311 AktG, RdM. 9-19; Geßler, Grundfragen der GmbH-Reform, DB 1971, 665, 669.

5) Pleyer-Westermann-Lieser, S. 63 ff, 65.

6) Würdinger, Probleme der GmbH-Reform, S. 122, 128 f, 132; neuerdings geht Würdinger in DB 1973, 45 ff - zumindest für das Aktienrecht - wieder von der Zulässigkeit des faktischen Konzerns aus.

7) Martens, DB 1970, 865, 867 f; ebenso: Scholz-Emmerich, GmbHG Anh. II, RdM. 137; Emmerich, Der GmbH-Konzern, S. 4, 15, 16 ff; Emmerich-Sonnenschein, S. 242.

schluß eines Beherrschungsvertrages verboten werden und die Obergesellschaft zu striktem Schadensersatz verpflichten ¹⁾.

Diese ablehnende Haltung gegenüber dem faktischen Konzern ist nicht neu. Bereits bei den Beratungen zur Reform des Aktiengesetzes von 1965 entbrannte eine gleichlautende Diskussion. Der damalige Berichterstatter Dr. Wilhelmi begründete die aktienrechtliche Neuregelung über den faktischen Konzern damit, daß man sich entschlossen habe, "den faktischen Konzern gleichzubehandeln, nicht zu erschweren und ... es der Wirtschaft zu ermöglichen, den sog. faktischen Konzern mit relativ selbständigen Untergesellschaften beizubehalten" ²⁾. Ein gleichartiges Konzept sollte auch für das Recht der GmbH beibehalten werden. Ein "Verbot" des faktischen Konzerns ist in der Praxis nicht durchführbar ³⁾. Mit welchen Mitteln sollte auch eine bloße faktische Einflußnahme einer Gesellschaft auf eine andere kontrolliert werden? Für das Aktienrecht ist weithin anerkannt, daß zahlreiche Gesellschaften ohne Beherrschungsvertrag faktisch in einen Konzern eingegliedert sind ⁴⁾. Diese Tatsache dürfte unter GmbH-Konzernen noch weitaus stärker ausgeprägt sein, denkt man an die im GmbH-Recht bestehende relativ einfache und formal legale Möglichkeit, über die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung eine andere Gesellschaft zu beherrschen. Zur formalen Legitimation der Mehrheitsherrschaft ist im GmbH-Recht ein Beherrschungsvertrag entbehrlich. Auf ihn

1) Dagegen vor allem: Geßler, BB 1971, 665, 669; ders., DB 1973, 48, 52; Koppensteiner, ZGR 1973, 1, 19 ff.

2) Zitiert nach Kropff, § 311 AktG, Rdn. 12.

3) Geßler, DB 1971, 665, 669; ders. DB 1973, 52; skeptisch auch Koppensteiner, ZGR 1973, 18 ff; Kropff, § 311-318 AktG, Vorb. 28.

4) Kropff, § 311 AktG, Rdn. 13.

kann daher in vielen Fällen verzichtet werden. Die Lehre vom Verbot des faktischen Konzerns verkennt auch, daß eine faktische Eingliederung in einen Konzern sich keinesfalls nur in Schädigungen der Untergesellschaft entladen muß, sondern sehr oft sich auch zum Wohl der abhängigen Gesellschaft auswirken kann.

2. Der Vorschlag der Centrale für GmbH

Fleyer-Westermann-Lieser ¹⁾ haben für die Centrale für GmbH eine Stellungnahme zur GmbH-Reform ausgearbeitet. Darin wird von einem Nebeneinander von Vertrags- und faktischem Konzern ausgegangen, der faktische Konzern aber in den Mittelpunkt der Untersuchung gestellt. Zugunsten einer Dividendengarantie wollen die Autoren auf Abhängigkeitsbericht und Nachteilsausgleich verzichten ²⁾. Auf diese Weise sollen ähnlich der aktienrechtlichen Regelung in § 30a AktG die Gesellschaftsanteile vor Substanzverlusten geschützt werden. Zur Sicherung eines wirklichen Gläubigerschutzes soll das herrschende Unternehmen eine gesetzliche Bürgschaft gegenüber denjenigen Gläubigern übernehmen, deren Forderungen während der einheitlichen Leitung entstanden sind. Fakultativ soll den außenstehenden Gesellschaftern dazu ein Abfindungsrecht eingeräumt werden und für den Fall, daß das herrschende Unternehmen eine Aktiengesellschaft ist, ein Recht zum "Umsteigen durch

¹⁾ Fleyer-Westermann-Lieser, S. 63 ff, 65; kritisch zur Dividendengarantie: Eder, GmbH-Rdsch. 1970, 253 und Geßler, DB 1971, 29 ff; ders., DB 1973, 48, der darauf hinweist, daß dann, je nachdem, ob die abhängige Gesellschaft eine AG oder eine GmbH ist, für sie ein verschiedenes Konzernrecht gelten würde und damit auf eine einheitliche konzernrechtliche Regelung verzichtet würde.

²⁾ Für eine Rentabilitätsgarantie auch Martens, DB 1970, 813, 817; grunds. zur Dividendengarantie: Straßberger, Diss. Würzburg 1965, S. 50, 51.

Überlassung von Aktien der Muttergesellschaft" ¹⁾

3. Der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins

Der Deutsche Anwaltverein schlägt angesichts der Hemmnisse und Erschwerungen, die eine Übernahme der aktienrechtlichen Regelungen in das Recht der GmbH mit sich bringen würde, vor, kleinere Konzerne aus einer konzernrechtlichen Regelung herauszunehmen und das GmbH-Konzernrecht erst ab einer bestimmten Konzerngröße Anwendung finden zu lassen. Dieser Vorschlag ist mit Recht auf Kritik gestoßen ²⁾. Es dürfte schwerfallen, ein hinlänglich sicheres Kriterium für die Größe eines Konzerns zu finden ³⁾. Statistische Zahlen lassen sich durch konzerninterne Maßnahmen und Bilanzen nur unschwer zurechtbiegen, um in eine regelungsgünstigere Kategorie zu gelangen. Der Gesichtspunkt der Größe eines Konzerns als Maßstab für die Geltung bestimmter konzernrechtlicher Bestimmungen läßt auch unberücksichtigt, daß die Ausgangsinteressenlage des Schutzes der Gesellschafterminderheiten sich in ihrem Kern in allen Unternehmensgrößen nicht voneinander unterscheidet. Maßgebend sollte nur die Frage sein, wie die Minderheit wirksam geschützt werden kann, nicht aber die Unterscheidung danach, welchem Konzern ein Minderheitenschutz wirtschaftlich zugemutet werden kann und welchem nicht. Konzerne mit mehr und Konzerne mit weniger Minderheitenschutz bedeuten keine befriedigende Gesamtlösung. Ein zweispuriges GmbH-Konzernrecht führt letztlich zu einer weiteren Zersplitterung, nicht aber zu einer Gesamtkonzeption innerhalb des kapitalgesellschaftlichen

1) Pleyer-Westermann-Lieser, S. 66; gegen diesen Vorschlag wendet sich Eder, Der GmbH-Konzern in der Unternehmenspraxis, GmbH-Rdsch. 1970, 249, 252.

2) Pleyer-Westermann-Lieser, S. 57.

3) Diese Schwierigkeit betont auch Ballerstedt, ZHR 135, 498.

Minderheitenschutzes.

4. Der Vorschlag von Eder

Eder ¹⁾ geht davon aus, daß die vertragslose Beherrschung einer GmbH der typische Normalfall ist und lehnt das aktienrechtliche System von Nachteilsausgleich und Abhängigkeitsbericht im faktischen GmbH-Konzern als Fremdkörper in einem GmbH-Recht ab ²⁾. Zum Schutz der außenstehenden Minderheit vor Verlust ihres Anteilswertes schlägt er ebenfalls den Weg über die Gewährung einer Barabfindung vor ³⁾, während er einen wirksamen Gläubigerschutz über eine gesamtschuldnerische Haftung der Obergesellschaft garantiert wissen will. Anstelle eines umfangreichen Abhängigkeitsberichts soll es ausreichen, wenn die Geschäftsführer sowohl des herrschenden wie des beherrschten Unternehmens jährlich zur Einreichung vor dem Registergericht versichern, keine konzernrechtlichen Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen getroffen zu haben, die nicht den Regeln einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung gerecht werden können.

5. Der Vorschlag des Arbeitskreises GmbH-Reform

Der Arbeitskreis GmbH-Reform ⁴⁾ spricht sich für eine Unterscheidung zwischen einfachen und qualifizierten Konzernen aus. Abgrenzungskriterium für diese im Konzernrecht neue Differenzierung ist die Frage, ob die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft überwiegend auf das Interesse des herr-

1) Eder, Der GmbH-Konzern in der Unternehmenspraxis, GmbH-Rdsch. 1970, 249 ff.

2) Eder, aaO, S. 251.

3) Eder, aaO.

4) Arbeitskreis GmbH-Reform, Bd. II S. 49 ff, 66 ff; kritisch besprochen von Geßler DB 1973, 48 und Emmerich-Sonnenschein, 1. Aufl., S. 175; Ihde, S. 160.

schenden Unternehmens ausgerichtet ist ¹⁾. In einem solchermaßen qualifizierten Konzern sollen die außenstehenden Gesellschafter zusätzlich durch ein Abfindungsrecht, die Gesellschaftsgläubiger dagegen durch die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zu einer Verlustübernahme geschützt werden.

Auch dieser Lösungsvorschlag führt letztlich zur Heranbildung zweier Konzernrechte für einfache und qualifizierte Konzernrechte. Das vom Anwaltverein ²⁾ vorgeschlagene Kriterium der Konzerngröße wird hier vertauscht durch das Merkmal der Qualifizierung i.S. einer vorrangigen Betonung des Eigeninteresses der Obergesellschaft.

Das nach aktienrechtlichem Vorbild bisher zweistufige Konzernrecht würde bei Befolgung dieses Vorschlags nur noch weiter aufgefächert und kompliziert ³⁾. Im praktischen Einzelfall ist diese Unterscheidung kaum einfacher zu bestimmen als die des nachteiligen Charakters einer Maßnahme i.S.d. Regierungsentwurfs.

E. Die gesellschaftliche Treuepflicht als Mittel zur Begrenzung konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft

Nach dem vorläufigen Scheitern des Referentenentwurfs zur Reform eines GmbH-Gesetzes will der Gesetzgeber nunmehr in einer bevorstehenden GmbH-Gesetzesnovellierung eine Regelung des Konzernrechts

1) Arbeitskreis GmbH-Reform, S. 50.

2) Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, S. 5.

3) Vgl. die Kritik bei Geßler, Neue Vorschläge zum GmbH-Konzernrecht, DB 1973, 48, 49; Ihde, S. 160.

aussparen ¹⁾. Die konzernrechtlichen Vorstellungen, die aus dem ehemaligen Referentenentwurf hervorgegangen sind, sind als *lex ferenda* z.Zt. nicht mehr aktuell. Auch die traditionellen Schranken konzernrechtlicher Mehrheitsmacht haben sich zum Schutz der gesellschaftlichen Minderheit als weitgehend unzulänglich erwiesen. Da der Gesetzgeber seine geplanten Reformvorhaben bisher nicht verwirklichen konnte, liegt die Initiative für die Ausgestaltung des zukünftigen Rechtszustandes wieder bei der Rechtsprechung. In dieser Situation gilt es, die gegenwärtige Rechtslage *de lege lata* noch einmal neu zu überdenken, da aus ihr heraus künftige Konzernrechtskonflikte zu lösen sein werden. Mangels gesetzlicher Sonderregeln gewinnen dabei die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie Treu und Glauben oder die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht wieder an Bedeutung. Insbesondere aus der Treuepflicht läßt sich bereits *de lege lata* ein gangbarer Weg für die Schrankenziehung konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft ableiten. Diesen Weg hat nunmehr der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung in dem sog. ITT-Fall beschritten.

I. Die Bedeutung der ITT-Entscheidung für die Weiterentwicklung des GmbH-Konzernrechts

Dieses vielbeachtete und z.T. euphorisch begrüßte BGH-Urteil ²⁾ wurde als ein Markstein ³⁾ in der Kon-

1) Vgl. dazu zuletzt Rohwedder, ZRP 1979, 169.

2) Urt.v.5.6.1975-II ZR 23/74 = BGHZ 65,15; auch abgedr. in: NJW 1976,191 ff;BB 1975,1450 ff;AG 1976,16;WM 1975,1152;BB 1975,2172 ff

3) GmbH-Rdsch.1975, 269 f.
Ausdruck von Ulmer anläßlich der Besprechung des BGH-Urteils v. 5.6.1975, NJW 1976, 192.

zernrechtsprechung bezeichnet. Der konzernrechtlich typische Sachverhalt sei zum besseren Verständnis vereinfachend zusammengefaßt ¹⁾: Die zum ITT-Konzern gehörende Beklagte ist mit 85% an einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligt, der Kläger hingegen mit den restlichen 15%. Die deutsche GmbH-Tochter war ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrages Obergesellschaft für eine Firmengruppe, an der die Beklagte ebenfalls mehrheitlich beteiligt ist. Zum Streit kam es über das Honorar für bestimmte Beratungsverträge, die auf Anweisung der Beklagten zwischen einer in ihrem 100%igen Besitz stehenden U.S.-Tochter und einigen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisierten Einzelgesellschaften der deutschen Firmengruppe geschlossen worden waren. In diesen Verträgen wurden die deutschen Untergesellschaften zur Zahlung einer Konzernumlage von 1% ihres Gesamtumsatzes als Entgelt für bestimmte Serviceleistungen verpflichtet. Der Bundesgerichtshof stellte fest, daß die der Konzernumlage zugrundegelegten Service- und Beratungsdienste weitgehend nur auf dem Papier vorhanden waren und keine gleichwertige Gegenleistung für die Zahlungen darstellten.

Angesprochen war der fast klassische Konzernrechtsfall, die beherrschte Gesellschaft zur Zahlung verdeckter Gewinnausschüttungen zu veranlassen ²⁾, ohne

1) Eine ausführl. Schilderung des Sachverhalts und der komplizierten Beteiligungsverhältnisse findet sich neben den oben genannten Quellen bei Reh binder, ZGR 1976, 386, 387.

2) BGH DB 1975, 1273; vgl. zur Problematik verdeckter Gewinnausschüttungen grundlegend Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, insbesondere S. 31 ff.

für entsprechende Gegenleistungen zu sorgen. Dieser Fall trifft das Kernproblem eines jeden wirk- samen Konzernrechts, nämlich die Frage, wie ein Minderheitsgesellschafter vor den Gefahren der Kon- zernierung seiner Gesellschaft und auch vor gesell- schaftsschädigenden Weisungen an die Untergesell- schaft geschützt werden kann.

In dem Bemühen, den Kläger vor einer ungerechtfertigten Zahlung einer Konzernumlage für weitgehend fingierte Dienstleistungen zu schützen, stellte der BGH die Frage nach den Grenzen der Mehrheitsherr- schaft innerhalb eines GmbH-Konzernrechts ¹⁾. Eine Verantwortlichkeit des herrschenden Gesellschafters leitete er unter Berufung auf das neuere Schrift- tum aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ab, die auch die Gesellschafter einer GmbH sich unterein- ander schulden. Die vorherige Rechtsprechung, wo- nach die Grenzen der Weisungsmacht allein auf § 826 BGB abzuleiten seien ²⁾, wurde ausdrücklich als "zu eng" ³⁾ aufgegeben.

Der Aufbau des von dem Beklagten beherrschten Kon- zerns zeigt in Größe und Verschachtelung mit ande- ren Unternehmen kapitalistische Ausmaße mit deut- licher Anlehnung an den Typus einer multinationalen Unternehmung. Folgerichtig begründet der BGH seine Lösung über die Treuepflichten mit dem organschaft- lichen Argument ⁴⁾.

1) BGH DB 1975, 2173 mit Hinweis auf Ballerstedt, S. 181 ff; Immenga, S. 270 ff; Wiedemann, Festschrift für Barz, S. 568 f.

2) So noch BGHZ 31, 278 f mit Anm. Ballerstedt, JZ 1960, 513.

3) BGH BB 1975, 1451.

4) BGH DB 1975, 2173: "Zudem verlangt auch hier insbes. die für eine Gesellschaftermehrheit bestehende Möglichkeit, durch Einflußnahme auf die Geschäfts- führung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, als Gegenge- wicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen".

Die ITT-Entscheidung fand einen nachhaltigen und überwiegend positiven Widerhall im Schrifttum¹⁾. Sie erging zu einem Zeitpunkt, in dem die Bemühungen von Gesetzgeber und Schrifttum zur Neuregelung auch des GmbH-Konzernrechts auf einem Tiefpunkt angelangt und - zumindest vorläufig - mangels einer breiten Übereinstimmung über ein einheitliches Konzept gescheitert waren.

In diesem Urteil wird zu Recht eine Absage an die vom Gesetzgeber initiierte Gesetzesreform gesehen²⁾, die in starker Anlehnung an das Aktienkonzernrecht für faktische Konzerne einen obligatorischen Nachteilsausgleich bei nachteiligen Geschäftsanweisungen vorsah. Die aktienrechtliche Lösung wird verlassen zugunsten eines mehr GmbH-typischen Lösungswegs. Die Weisungsmacht eines Mehrheitsgesellschafters wird ohne das Zurückgreifen auf starre gesetzliche Vorschriften eingeschränkt durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Zu deren genauer Eingrenzung und Bestimmung bedarf es aber stets eines Eingehens auf die speziellen Verhältnisse des Einzelfalls und der in Frage stehenden Gesellschaft. Damit ist der Schritt getan weg von der allseits beklagten starren, die ursprüngliche Flexibilität der Gesellschaft mit beschränkter Haftung einengenden gesetzlichen Lösung hin zu einer elastischeren, den Erfordernissen des Einzelfalles Rechnung tragenden Betrachtungsweise. Die treuhänderischen Pflichten der Obergesellschaft haben sich zu richten nach der Größe des Konzerns und der beherrschten Gesellschaft, d.h. sie sind davon abhängig, ob diese personalistisch oder kapitalistisch ausgerichtet ist. Eine differenzierte Betrachtungsweise kann den unterschied-

1) So die Urteilsanmerkung von Schilling, BB 1975, 1451 f; Emmerich, JuS 1976, 54; Ulmer, NJW 1976, 192 f; weiterhin: Rehbindner, ZGR 1976, 386 ff; Wiedemann, JZ 1976, 392 ff; Westermann, GmbH-Rdsch. 1976, 77 ff u. Brezing, AG 1976, 5 ff.

2) Vgl. Westermann, GmbH-Rdsch., 1976, 78; Wiedemann, JZ 1976, 394.

lichen Umständen in verschiedenen strukturierten GmbH's am besten gerecht werden und zu praktikablen und praxisnahen Lösungen führen.

An dem ITT-Fall, dem bisher einzigen bekannten GmbH-Konzernrechtsfall, der vom BGH entschieden wurde, wird zugleich die Unzulänglichkeit der traditionellen Schrankenziehung für die Grenzen der Weisungsmacht deutlich. Mit dem bürgerlichrechtlichen Instrumentarium der ungerechtfertigten Bereicherung, der unerlaubten Handlung oder der sittenwidrigen Schädigung allein ist bestimmten Erscheinungen des Konzernrechts, insbesondere im Bereich der Großunternehmen, nur schwer beizukommen.

Eine bloße Haftung der Obergesellschaft nach § 826 BGB dürfte ebenfalls kaum zu einer interesssegerechten Begrenzung der Mehrheitsherrschaft führen. Bei Erteilung der organschaftlichen Weisungen handelt die Obergesellschaft formal legal als oberstes Geschäftsführungsorgan. Ansatzpunkt für sittenwidrige Intentionen waren in dem ITT-Fall umso weniger ersichtlich, als die Obergesellschaft eine Geschäftspraxis ausübte, die sie unbeanstandet bereits bei anderen abhängigen Gesellschaften in Drittländern durchgeführt hatte. Im übrigen ist die überaus schwierige Beweislage für die Behauptung der Sittenwidrigkeit bekannt.

Auch das Instrument der Anfechtung gesellschaftsschädlicher Weisungen muß in einem Fall wie dem vorliegenden versagen. Selbst wenn die Weisung ordnungsgemäß von der Gesellschafterversammlung beschlossen worden wäre, dürfte in dem Zeitpunkt der Beschlußfassung kaum erkennbar gewesen sein, daß entgegen dem Vertragswortlaut eine Einhaltung der Verpflichtung zu bestimmten Serviceleistungen von Anfang an nicht geplant war. Rein faktische Verhal-

tensweisen nachteilsauslösender oder schädigender Art, die nicht von der Gesellschafterversammlung abgesegnet zu werden brauchen, können ohnehin von den Anfechtungsregeln nicht erfaßt werden.

Die Lösung eines derartigen Konzernrechtsfalls nach dem aktienrechtlichen Modell (§§ 311, 317, 318 AktG) dagegen kann zu unübersehbaren Schwierigkeiten führen. Um über diesen Weg zu einer Entscheidung über eine ähnliche Problematik, wie in dem ITT-Fall aufgetreten, zu kommen, müßte das Gericht an dieser Stelle in eine umfangreiche Berechnung von Vor- und Nachteilen der Konzernierung eintreten. Dies aber würde zu einer eher bilanztechnischen Lösung führen mit der Folge einer zwangsläufigen Generalbilanzierung der Vor- und Nachteile des gesamten Konzernierungsverhältnisses. Außerdem kann ein über §§ 311 ff AktG abgewickelter Nachteilsausgleich nur gegenüber der abhängigen Gesellschaft erfolgen.

Das Urteil des BGH weist nicht nur einen neuen eigenständigen Weg, sondern bedeutet zugleich auch eine Verschärfung im Vergleich zum Aktienkonzernrecht, indem das vielgescholtene Privileg der Schädigung gegen Nachteilsausgleich nicht gewährt wird¹: Zur Herbeiführung der Haftungsfolgen reicht allein die schuldhaft Verletzung der Treuepflicht aus. Das Verdienst der ITT-Entscheidung des BGH besteht weniger darin, die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht neu entdeckt zu haben, als vielmehr darin, diese erstmals zur Lösung konzerninterner Konflikte innerhalb eines GmbH-Konzernrechts angewandt zu haben. In Zukunft unterliegt die Ausübung der Mehr-

1) Westermann, GmbH-Rdsch. 1976, 78; Ulmer, NJW 1976, 192.

heitsmacht einer verstärkten richterlichen Rechts- und Inhaltskontrolle. Die herrschende Gesellschaftermehrheit hat sich bei von ihnen veranlaßten Gesellschaftsgeschäften aufgrund konzerninterner Weisungen oder faktischer Machtausübung nicht nur formell, sondern auch sachlich an den von der Treuepflicht gezogenen Schranken zu legitimieren.

II. Die Einzelklagebefugnis

Untrennbar verknüpft mit der Ausdehnung von Treuebindungen und den daraus abzuleitenden Haftungsfolgen ist als zweite Säule eines modernen Konzernrechts die Befugnis eines Minderheitsgesellschafters, wegen schuldhafter Verletzung der Treuepflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft selbständig Klage einreichen zu können¹⁾. Klagegegenstand ist allein eine vorwerfbare Handlungsweise des Mehrheitsgesellschafters. Dies erleichtert eine gerichtliche Überprüfung nicht unwesentlich im Vergleich zu einer erfolgsbezogenen Haftung, wie sie über die §§ 823 II, 826 BGB eröffnet wird. Letztere stellt noch auf den Eintritt eines Schadens ab, der erst berechnet werden muß.

Das Klagerecht ergibt sich aus der Verletzung bestimmter, dem Minderheitsgesellschafter gegenüber

1) Zur Gesellschafterklage vgl. allgemein: Großfeld, S. 226 ff u. 297 ff; Ballerstedt, S. 186 ff; Mertens, S. 83 ff; Pflüger, Neue Wege der Verwaltungskontrolle im Aktienrecht, Hamburg 1969; zuletzt: Hadding, JZ 1975, 159 ff; Reinhardt, Gesellschaftsrecht, Rdn. 167; Pionierdienst leistete u.a. Krückmann, ZHR 102, 208. Eine solche Gesellschafterklage kommt der amerikanischen derivative suit sehr nahe, dazu: Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 233 ff; Großfeld-Ebke, Probleme der Unternehmensverfassung in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht, Die AG 1977, 92 ff, 96.

bestehender Pflichten. Die Zubilligung eigener Rechte und die Möglichkeit, diese selbständig gerichtlich durchzusetzen, unterscheidet diesen nunmehr vom BGH eingeschlagenen Weg von der bereits ebenfalls viel diskutierten und dem Personengesellschaftsrecht entlehnten *actio pro socio* ¹⁾. Letztere verleiht lediglich die Befugnis, Rechte der Gesellschaft für diese quasi stellvertretenderweise geltend zu machen. Der BGH hat das Klagerecht wegen der Verletzung einer Treuepflicht, das an sich der abhängigen Gesellschaft zusteht, auf deren Minderheitsgesellschafter übertragen.

Mittels einer solcherart verstandenen Konzerngesellschaftsklage ²⁾ kann der Minderheitsgesellschafter einen Schadensersatz zugunsten der abhängigen Gesellschaft geltend machen. Hierin eröffnet sich über die traditionellen Regelungen hinaus ein weiteres Mittel wirksamer Verwaltungskontrolle, das unabhängig von der von den Mehrheitsgesellschaftern beherrschten Organisation besteht.

Die Stärkung der Rechtsposition der Minderheit und die selbständige Klagebefugnis bei Verletzung der Treuepflicht führt zu einer handlungsbezogenen Schadensersatzpflicht und hat eine nicht zu unterschätzende erzieherische oder präventive Wirkung ³⁾. Künftig muß ein Mehrheitsgesellschafter oder eine Konzernmutter bei Erteilung bestimmter Weisungen oder der Vornahme von die abhängige Gesellschaft beeinträchtigenden Handlungen stets mit der Möglichkeit einer gerichtlichen Klageerhebung wegen Verletzung

1) Umfassend dazu: Hoffman, Th., GmbH-Rdsch. 1963, 61; Nitschke, ZHR 128, 48 (1965).

2) "*actio pro concerno*".

3) Wiedemann, JZ 1976, 392, spricht in diesem Zusammenhang von einem "sozialethischen Element" in der ITT-Entscheidung.

bestimmter gesellschafts- oder konzernrechtlicher Treuepflichten rechnen.

III. Der Inhalt der Treuepflicht

Wenn auch heute weitgehend anerkannt ist, daß insbesondere im Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Mehrheit in ihren Handlungen die Grenzen von Fairneß und einer ausgewogenen Rücksichtnahme auf die Interessen der derselben Kapitalgesellschaft verbundenen Minderheit und die einer abhängigen Tochtergesellschaft nicht überschreiten darf, bedeutet dies allein noch keine befriedigende Lösung konzerninterner Konflikte. Vielmehr haben sich die Schwierigkeiten bei der Eingrenzung der Schranken der Mehrheitsmacht lediglich verlagert auf die Beschreibung des Inhalts eben dieser Treuepflichten.

Zunächst einmal bestimmen und begrenzen nach H.M.¹⁾ die Treuepflichten den Inhalt gesellschaftlicher Mitwirkungsrechte wie z.B. des Stimmrechts, der Anfechtungsrechte sowie der Rechte auf Bucheinsicht, Bilanzbestellung, Auskunft etc.²⁾ Die Bedeutung der Treuepflicht im konzernrechtlichen Zusammenhang läßt sich noch am ehesten umschreiben mit dem Gebot, bei organschaftlichen Weisungen oder faktischen Handlungsweisen zur Verfolgung von Eigeninteressen auch die Auswirkungen auf die Interessen der Minderheit, der Untergesellschaft und deren außenstehenden Gesellschafter zu beachten. Die gesellschaftlichen Entscheidungsträger werden dazu verpflichtet, jede Schädigung des genannten Adressatenkreises bei der Ausübung von Organfunktionen zu unterlassen. Ver-

1) Schaudwet-Paul, GmbH-Rdsch. 1970, 5, 7.

2) Vgl. dazu H.M. Schmidt, GmbH-Rdsch. 1960, 137 ff.

folgt die Mehrheit z.B. durch gesellschaftsschädliche Weisungen oder Handlungsweisen einseitig eigene Interessen zu Lasten gesellschaftlicher Minderheiten, bedeutet dies eine Verletzung der Treuepflicht. Die Obergesellschaft ist nicht berechtigt, mittels verdeckter Gewinnausschüttung, börsenrechtlicher Transaktionen oder unvorteilhafter Geschäftsbedingungen die abhängige Gesellschaft zu schädigen oder auszuplündern, wenn diese nicht zu 100 Prozent in ihrem Besitz ist.

Die Auswirkungen der Treuepflicht sind allerdings nicht auf bloße Unterlassungen zu beschränken. Aus ihr kann sich auch eine Rechtspflicht zu positivem Tun ¹⁾, insbesondere bei der Ausübung gesellschaftlicher Rechte bei der Mitverwaltung der Gesellschaft, ergeben.

Eine genauere abstrakte Umschreibung der bei Bestehen von Abhängigkeitsverhältnissen zu befolgenden Treuepflichten erscheint kaum möglich. Eine allgemeingültige, möglichst jede Fallgestaltung umfassende und trotzdem den Erfordernissen eines wirksamen Schutzes abhängiger Gesellschaften und ihrer Gesellschafter entsprechende Formel ist nicht aufzustellen. Eine weitere Ein- und Abgrenzung ist nur mittels einer umfassenden Kasuistik zu erzielen. Hier kann nur eine gefestigte Rechtsprechung helfen mit allerdings stark an den zu entscheidenden Einzelfall angelehnten Ergebnissen. Angeschnitten ist hier das Problem der Rechtssicherheit. Diese fordert, Art, Inhalt und zeitliche Grenzen der zu beachtenden Treuepflichten hinreichend klar zu bestimmen.

1) Kühn, S. 32.

Auf den ersten Blick mag diese Lösung konzerninterner Konflikte über die Heranbildung gesellschaftlicher Treuepflichten als zu vage und unbestimmt, als möglicherweise rechtsstaatlich bedenklich und vielleicht sogar als ein Rückfall in die Zeiten reiner Interessenjurisprudenz erscheinen. Aus diesem Grund hat der Lösungsweg des BGH, wie er erstmals in der ITT-Entscheidung aufgezeigt wurde, vereinzelt zu Kritik Anlaß gegeben und dem BGH den Vorwurf eingetragen, einen "abstrusen" ¹⁾ oder "diffusen" ²⁾ Weg zu gehen. Scheinbar steht die Anwendung und Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten auf die Mehrheits-Minderheitsproblematik dem allgemein zu beobachtenden Trend zu möglichst detaillierter Einzelfallregelung, zu immer mehr und immer umfangreicheren Gesetzen mit der Regelung möglichst aller nur denkbaren Fallgestaltungen entgegen ³⁾. In diesem Zusammenhang sei jedoch erinnert an die zwei Prämissen für eine zukünftige Regelung des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die die überwältigende Zustimmung fast aller Kommentatoren gefunden haben: Gesucht wird eine einheitliche Regelung für alle Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die so flexibel ausgestattet ist, daß sie sowohl für kleinere Gesellschaften als auch für Unternehmen eher kapitalistischen Zuschnitts Anwendung finden kann. Das notwendige Zurückgreifen auf eine Generalklausel, wie sie der Begriff der Treuepflicht nun ein-

1) So: Emmerich-Sonnenschein, S.239; Scholz-Emmerich, GmbHG, Anh.II, RdM.402. Allerdings erscheint die Ableitung derselben Rechtsgrundsätze aus "allgemeinen, kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundsätzen" kaum weniger unbestimmt.

2) Gábelein, Das GmbH-Konzernrecht in der Praxis, in: Der GmbH-Konzern, S. 54.

3) Vgl. zum Vorwurf des Perfektionismus an den Reformgesetzgeber bezüglich des Referentenentwurfs zum GmbHG: Centrale für GmbH, GmbH-Rdsch. 1969, 95 f.

mal darstellt, ist lediglich der Preis für die verlangte Elastizität. Auch eine sich noch so sehr um Exaktheit bemühende Rechtsordnung kann nicht vollständig auf derartige Klauseln verzichten, will sie nicht ihren Anspruch auf Aufgeschlossenheit auch gegenüber zukünftig sich herauskristallisierenden Konfliktpunkten aufgeben. Generalklauseln sind vielmehr nach einem Ausspruch von Hueck ¹⁾ "für jedes sich lebendig fortentwickelnde Recht unentbehrlich, weil sie die notwendige Elastizität der Rechtsanwendung gewährleisten". Weil sich dieser Zwiespalt zwischen den beiden Polen Rechtssicherheit und Flexibilität kaum besser wiedergeben läßt, sei an dieser Stelle noch einmal an die Worte von Hueck erinnert ²⁾:

"Nur in diesem ständigen Wechselspiel zwischen Generalklausel und konkreter Norm läßt sich in dem ewigen Kampf zwischen Rechtssicherheit und billiger Entscheidung des einzelnen Falles der nötige Ausgleich gewinnen, der zwar nie ein endgültiger sein kann, der aber gerade deshalb immer den Keim zu einer fruchtbaren Fortentwicklung des Rechts in sich birgt".

1) Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 19.

2) Hueck, aaO. S. 19, 20.

2. Hauptteil: Das Konzernrecht der amerikanischen Close Corporation

Das Urteil des Bundesgerichtshofs in dem ITT-Fall ist die bisher einzige bekanntgewordene Entscheidung eines deutschen Obergerichts zum GmbH-Konzernrecht. Das deutsche Recht krankt insoweit an einem Mangel an praktischer Erfahrung. Dies erklärt auch die z.T. noch vorhandene Skepsis gegenüber einer Lösung konzernrechtlicher Konflikte über die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Diesem Erfahrungsmangel zur praktischen Bewährung der konzernrechtlichen Treuepflicht als Garant eines wirksamen Minderheitenschutzes kann ein Blick auf das Konzernrecht der close corporation in den U.S.A. abhelfen. Obwohl das deutsche und das amerikanische Rechtssystem historisch und systematisch verschiedene Wurzeln haben, sind die Gesellschafts- und Konzernrechte der beiden Rechtsordnungen infolge einer ähnlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung miteinander vergleichbar ¹⁾.

Wegen der internationalen Verflechtung einer grossen Anzahl von Wirtschaftsunternehmen eignet sich das Konzernrecht besonders für eine rechtsvergleichende Betrachtungsweise. Konzernbildungen machen oft nicht an den Grenzen eines Einzelstaates halt. So ist es gerade Kennzeichen der multinationalen oder transnationalen Unternehmen, die heute das Wirtschaftsleben in vielen Bereichen z.T. wesentlich mitbestimmen, in mindestens zwei Ländern Tochtergesellschaften oder Niederlassungen zu besitzen, die zentral vom Sitz des Konzerns geleitet werden ²⁾.

1) Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 21; Mestmäcke, Verwaltung, S. 5.

2) Zu den Problemen multinationaler Unternehmungen vgl. allgemein: Großfeld, Praxis des internat. Privat-u. Wirtschaftsrechts, Reinbek 1975; ders., Multinationale Unternehmen als Regelungsproblem, Die AG 1975, 1; ders., Multinationale Unternehmen u. nationale Souveränität, JuS 1978, 73; aus der neueren amerikanischen Literatur: Hadari, The Structure of the Private Multinational Enterprise, 71 Mich. L. Rev. 731 (1973); Vagts, The Multinational Enterprise: A new Challenge for Transnational Law, 83 Harv. L. Rev. 739 (1970).

Aus diesen internationalen Wirtschaftskontakten ergeben sich in vielerlei Hinsicht Berührungspunkte von in System und Historie verschiedenen Rechtsordnungen.

Das amerikanische Gesellschaftsrecht enthält bisher keine systematischen Gesetzesvorschriften über die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen abhängigen Gesellschaften. Insbesondere findet die Begrenzung konzernrechtlicher Leitungsmacht nirgends eine gesetzliche Regelung. Fast sämtliche Grundsätze über den Schutz einer gesellschaftlichen Minderheit sind in der Rechtsprechung entwickelt worden. Hierzu ist eine umfangreiche Kasuistik vorhanden. Schon aus diesem Grund kann ein Blick auf das Konzernrecht in den U.S.A. für das deutsche Recht gewinnbringend sein. Mit der ITT-Entscheidung hat der Bundesgerichtshof nunmehr einen Weg beschritten, der in Amerika als Weiterentwicklung des Trustrechts eine bis ins 19. Jahrhundert zurückreichende Tradition aufweist. Um die Anwendung der Treuepflicht (fiduciary duty) auf amerikanische Konzernrechtsfälle umfassend würdigen zu können, ist es unerlässlich, auf die Grundsätze des Trustrechts als der historischen Wurzel des neueren Gesellschafts- und Konzernrechts einzugehen.

Eine Darstellung des Minderheitenschutzes im amerikanischen Konzernrecht wäre jedoch unvollständig, würde nicht zugleich auch das zweite Bein berücksichtigt, auf dem der Schutz der Gesellschafterminderheit beruht. Statt einer gerichtlichen Klage wegen Verletzung der fiduciary duty kann der amerikanische Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen sich von der Mehrheit abfinden lassen und aus der Gesellschaft aussteigen (appraisal remedy). Nur Abfindungsrecht und Treuepflicht zusammen ergeben ein umfassendes Bild über die Entwicklung des Minderheitenschutzes im amerikanischen Konzernrecht.

A. Die amerikanische Close Corporation

I. Definition und Abgrenzung zur Public Issue Corporation

Die amerikanische Rechtsauffassung ist gekennzeichnet durch das Prinzip einer einheitlichen Kapitalgesellschaft ¹⁾. Der Organisationsform der Kapitalgesellschaft entspricht in der amerikanischen Rechtsordnung die "corporation", die im wesentlichen der deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar ist. Gleichwohl hat sich in den letzten Jahren auch in Amerika der Gedanke durchgesetzt, daß "the law of corporations" mit seiner typischen Anwendungsmöglichkeit auf die großen Publikumsgesellschaften den Bedürfnissen auch kleinerer (Mittelstands-) Familiengesellschaften angepaßt werden muß. Immerhin machen diese kleineren Gesellschaften in den U.S.A. auch heute noch trotz fortschreitender Konzentrationstendenzen den Großteil aller Gesellschaften aus ²⁾. Den großen "public issue corporations", deren Kapitalanteile als Aktien an den nationalen und internationalen Börsen gehandelt werden, wird in Anlehnung an die englische private company ³⁾ die sogenannte "close corporation" oder

-
- 1) Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und ausländischen Recht, Rdn. 654, S. 772.
 - 2) Conard, Corporations in Perspective, § 84, S. 161; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 21; Scott, The Close Corporation in Contemporary Business, 13 Bus. Law 741 (1958); Note, Close Corporations, Rights and Duties of Shareholders, 61 Cornell L.Rev. 986 (1976).
 - 3) Mc Fadyean, The American Close Corporation and its British Counterpart, 14 Bus. Law 215 (1958); O'Neal, Close Corporations, § 1.02, S. 2; ders., Developments in the Regulation of the Close Corporation, 50 Cornell L.Q. 613 (1965); ders., 3 Bus.L.Rev. 304 (1956); eingehend zur private company: Gower, The English Private Company, 18 Law & Contemp. Prob. 535 (1953); Note, 52 Nw.U.L.Rev. 399 (1957).

"closely held corporation" gegenübergestellt.

Unter einer close corporation ist allgemein eine Gesellschaft zu verstehen, in der einige wenige Personen oder Familien sämtliche Gesellschaftsanteile besitzen. Infolgedessen besteht häufig eine enge persönliche Verbindung der Gesellschafter untereinander. Oft sind auch juristische Personen wie Gesellschaften oder Konzerne Anteilseigner.

In einer großen Anzahl von close corporations übernehmen die Gesellschafter, ähnlich wie in der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, persönlich eine aktive Rolle in der Geschäftsführung ihrer Gesellschaft. Die Gesellschafter stehen infolge ihrer geringen Zahl in einem engen persönlichen Verhältnis zueinander. Der Geschäftsbetrieb verlangt von ihnen ein großes Maß an Kooperationsbereitschaft und persönlichem Vertrauen. Außenstehenden wird es daher z.T. unmöglich gemacht oder jedenfalls wesentlich erschwert, Gesellschaftsanteile zu erwerben.

Das gebräuchlichste Mittel hierzu ist ein first option agreement (Vorzugsrecht). Die Gesellschafter vereinbaren hierin, bei Verkauf ihrer Anteile der Gesellschaft oder den anderen Gesellschaftern zunächst ein vorzugsweises Angebot zu einem vernünftigen Preis zu unterbreiten ¹⁾, um einen öffentlichen Transfer zu verhindern.

Gewöhnlich werden die Gesellschaftsanteile mangels eines öffentlichen Marktes nicht über die Börse gehandelt ²⁾. Geschäftsführung und Eigentum an den

1) Hornstein, Corporation Law and Practice, § 152, S. 181; Note, Symposium on the Close Corporation, Control Devices, 52 Nw.U.L.Rev. 382 (1957).

2) Israels, The Close Corporation and the Law, 33 Cornell L.Q. 488 (1948); Note, 52 Nw.U.L.Rev. 345 (1957).

Gesellschaftsanteilen sind weitgehend identisch ¹⁾. Als Folge dieser Identität betrachten sich die Gesellschafter mehr als Partner im Sinne einer partnership (vergleichbar einer BGB- oder Personengesellschaft) denn als bloße Teilhaber an demselben Gesellschaftskapital ²⁾.

Eine der wenigen in der Rechtsprechung anzutreffenden Definitionen ³⁾ bezeichnet die close corporation als eine Gesellschaft, in der "die Anteile auf nur wenige Hände verteilt sind oder auf wenige Familien und wo diese nicht oder nur selten durch Kauf oder Verkauf gehandelt werden und in der die Gesellschafter einen maßgeblichen Einfluß auf Geschäftsführung und Geschäftspolitik haben".

Etwa seit dem Jahre 1960 ⁴⁾ ist in verstärktem Maße eine Entwicklung zu beobachten, die einer Anpassung des amerikanischen Gesellschaftsrechts an die praktischen Bedürfnisse der meist kleineren close corporations Rechnung trägt. Am deutlichsten fand diese Tendenz ihren Niederschlag in den auch sonst innerhalb des U.S. Gesellschaftsrechts oft richtungsweisenden Gesetzen des Staates Delaware ⁵⁾.

Nach den Bestimmungen des General Corporation Law von Delaware ⁶⁾ wird zur Charakterisierung einer

1) Notes, Statutory Assistance for Closely Held Corporations, 71 Harv.L.Rev. 1498 (1958).

2) Wishod, New York Corporations, sec. 42.

3) Galler, v. Galler, 32 Ill. 2d 16, 27, 203 N.E. 2d 577, 583 (1965); Brooks v. Willcuts, 72 F. 2d 270, 273 (8th Cir. 1935); Helms v. Duckworth, 249 F. 2d 482 (D.C. Cir. 1957); Kruger v. Gerth, 16 N.Y. 2d 802, 263 N.Y.S. 2d 1 (1965); zuletzt: Donahue v. Rodd Electrotypes Co. of New England, Inc., 328 N.E. 2d 505 (1975); Note, Close Corporations—Rights and Duties of Shareholders, 61 Cornell L.Rev. 986, 994 (1976).

4) Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen u. ausländischen Recht, Rdn. 651, S. 772.

5) General Corporation Law of the State of Delaware, §§ 341-356.

6) Gen. Corp. Law, § 342; ähnl.: N.Y. Bus. Corp. Code, § 630 (a); North Carolina General Statutes, §§ 55-73; Fla. Statutes, § 608.

corporation als close corporation auf drei Kriterien abgestellt:

1. Die Zahl der Anteilseigner darf 30 nicht überschreiten,
2. die Übertragbarkeit der Anteile muß beschränkt sein und
3. die Gesellschaft darf ihre Anteile nicht öffentlich zur Zeichnung anbieten.

Mittlerweise haben sich die Staaten Kansas, Pennsylvania und New York dieser Begriffsbestimmung angeschlossen ¹⁾.

Auch die Literatur ²⁾ ist nunmehr nach anfänglichen Kontroversen weitgehend auf diese Definition eingeschwenkt. Übereinstimmend wird dabei als das wichtigste Begriffsmerkmal die Unmöglichkeit bzw. große Schwierigkeit angesehen, die einzelnen Gesellschaftsanteile auf dem öffentlichen Kapitalmarkt anzubieten und zu verkaufen ³⁾. Die Gesellschaftsanteile an close corporations sind an den großen nationalen und internationalen Börsen nicht als börsenfähig registriert.

Die Größe einer Gesellschaft allein ist nicht ausreichend, diese als "public issue" oder als "close" corporation einzustufen ⁴⁾. Viele große und multi-nationale Unternehmungen werden auch heute noch

1) Behrens, aaO, Rdr.651, S.773; Lattin, The Law of Corporations, § 96, S. 339; Comment, New York Statute Gives Special Treatment to Close Corporations, 75 Harv.L.Rev. 852 (1962). In Texas gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien, allerdings wird die Anzahl der Gesellschafter auf 15 beschränkt: Tex.Bus.Corp.Act, art 2-30.1 (Supp. 1975).

2) Israels, The Close Corporation and the Law, 33 Cornell L.Q. 488 (1948).

3) Israels, aaO; O'Neal, Close Corporations, § 1.02, S.3; Note, Symposium on the Close Corporation, 52 Nw.U.L.Rev. 334 (1957).

4) So galt z.B. die Ford Motor Company bis zum Jahr 1954, als die Anteile erstmals über die Börse behandelt wurde, als close corporation, da sich sämtliche Gesellschaftsanteile weitestgehend in den Händen der Familie Ford befanden, vgl. O'Neal, Close Corporations, § 1.03, S.7; Note, 52 Nw.U.L. Rev. 346 (1957).

als close corporations geführt, Beispiele hierfür sind die Arabian-American Oil Company, Esso Standard France ¹⁾, Johnson Wax oder Mars, Inc. ²⁾.

Ihrem Wesen nach stellt die close corporation eine Art "kleine Aktiengesellschaft" dar, bei der allerdings der personalistische Wesenszug stark ausgeprägt ist. Die Unterschiede zur public issue corporation im tatsächlichen Bereich haben bisher im wesentlichen nur insofern auch rechtlich Berücksichtigung gefunden, als close corporations mangels freier Verkäuflichkeit der Gesellschaftsanteile nicht den börsenrechtlichen Publizitätsvorschriften der Securities and Exchange Commission (SEC) unterliegen. In der Regel werden auf die close corporations von Gesetz und Rechtsprechung dieselben Regeln angewandt wie bei der public issue corporation. Das amerikanische Kapitalgesellschaftsrecht orientiert sich weitgehend an dem Grundmodell der corporation, gestattet aber Abweichungen, wenn der Einzelfall es erfordert ³⁾. Eine der markantesten Abweichungen betrifft die Schärfe und Handhabung der zwischen den Gesellschaftern einer close corporation geltenden Treueregeln (fiduciary duties). Wegen der personalistischen Ausgestaltung vieler - vor allem kleinerer - (Familien-) Gesellschaften, der persönlichen Bindung an die Gesellschaft infolge Mitarbeit in der Geschäftsführung und der engen vermögensmäßigen Bindung der Gesellschafter mangels freier Verkäuflichkeit der Anteile werden an die Einhaltung dieser Treuebindungen innerhalb einer close corporation strengere Maßstäbe

1) Conard, Corporation in Perspective, § 84, S.162,

2) O'Neal, aaO.

3) O'Neal, Developments in the Regulation of the Close Corporation, 50 Cornell L.Q. 641 (1965).

gestellt als bei den großen corporations mit einer z.T. kaum überschaubaren Anzahl von Aktionären ¹⁾. Im Einzelfall kann dies bis zu einer weitgehenden Anlehnung an die strikten Regeln des Rechts der Personengesellschaften (partnerships) führen ²⁾.

Die Darstellung der Grundzüge des amerikanischen Konzernrechts und die Lösung von Konfliktsituationen zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaften hat deshalb, auch wenn durch die Konzernierungsproblematik close corporations direkt betroffen werden, zunächst von den allgemeinen Rechtsregeln des Rechts der corporations auszugehen.

II. Vergleichbarkeit mit der GmbH

Die amerikanische close corporation ist eindeutig angelegt als eine kleine Aktiengesellschaft mit personalistischem Einschlag. Dies entspricht einem Bedürfnis der Praxis. Die close corporation kennt keine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter. Dennoch wird sie aus rechtsvergleichender Sicht stets der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegenübergestellt ³⁾. Die Zulässigkeit dieses Ver-

1) Donahue v. Rodd Electrotpe Company of New England, Inc., 328 N.E. 2d 505, 506; Note, Corporations, Close Corporations, 89 Harv.L.Rev. 423 (1975); Note, Corporate opportunity in the Close Corporation - A different Result?, 56 Geo.L.J. 381,390 (1967); Note, Close Corporations, Rights and Duties of Shareholders, 61 Cornell L.Rev. 986 (1976).

2) Donahue v. Rodd aaO, S. 506; Note, 61 Cornell L.Rev. 986, 1003 (1976).

3) Steefel-v.Falkenhausen, The new German Stock, Corporation Law, 52 Cornell L.Q.518 (1967); Schneider, The American Close Corporation and its German Equivalent, 14 Bus.Law.228(1958); De Vries-Juenger, Limited Liability Contract:"The GmbH, 64 Colum.L.Rev. 866(1964);Winkhaus-Stratmann, GmbH: The Close Corporation in Germany. Management and Capitalization Problems for U.S. Controlled Subsidiaries,28 Bus.Law 1275 (1973); Geßler, Die Reform des GmbH-Rechts, BB 1969,589; Schleifenbaum, S. 5.

gleichs rührt vor allem aus der Tatsache, daß Aktiengesellschaft und corporation in rechtlicher, soziologischer und tatsächlicher Ausprägung in ihren Problemkreisen einander ähnlich sind. Demzufolge wird auch die Vergleichbarkeit der Ausprägungen dieser Kapitalgesellschaftsform für vorwiegend kleinere und Familiengesellschaften bejaht. Sowohl bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie auch bei der close corporation handelt es sich im wesentlichen um eine mehr personalistische Gesellschaftsform, bei der die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile zumindest stark eingeschränkt und die persönliche Bindung der Gesellschafter zueinander meist enger als bei der größeren Kapitalgesellschaftsform ausgestaltet ist. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist vergleichbar, aber keineswegs identisch mit der amerikanischen close corporation.

Im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen hat der angelsächsische Rechtskreis das deutsche Vorbild nicht übernommen, sondern das vertraute Grundmodell der corporation beibehalten. Hierin kann aber weder Ablehnung noch Reserviertheit dem deutschen Modell gegenüber gesehen werden. Es besteht im Gegenteil eine starke Tendenz, die Regeln des deutschen GmbH-Rechts auch für das amerikanische geschriebene Gesetzesrecht nutzbar zu machen. Der Grund für eine weitgehende Abstinenz umfassender Gesetzesregeln für die close corporations liegt darin, daß das amerikanische Aktienrecht die Satzungsstrenge des deutschen Aktiengesetzes nicht in dieser Schärfe kennt¹⁾. Es ist daher imstande, sich den verschiedenen wirtschaftlichen und persönlichen Erfordernissen der Gründungsgesellschafter anzupassen und je nach Bedarf die

1) Gessler, Die Reform des GmbH-Rechts, BB 1969, 589.

gewünschte Gesellschaft mehr individualistisch oder kapitalistisch zu gestalten. Dieser in so großem Maße vorhandenen Flexibilität kommt dazu das angelsächsische case law-System entgegen. Ein Fall- und Präzedenzrechtssystem ist auch bei weitgehender Abstinenz von gesetzlichen Vorschriften in der Lage, ohne klar umrissene gesetzliche Vorschriften eine praktikable Lösung strittiger Probleme im Einzelfall zu finden und anzubieten. Da das amerikanische Recht eine gesetzliche Kodifikation des Konzernrechts nicht kennt, sind alle entscheidenden Regeln und Lösungsvorschläge im wesentlichen durch Richterrecht geprägt worden.

B. Die Appraisal Rights

I. Das Abfindungsrecht des Minderheitsgesellschafters

Das amerikanische Gesellschaftsrecht zum Schutze der Minderheitsgesellschafter unterscheidet zwischen Minderheitsrechten, die gesetzlich garantiert sind (statutory rights) und Rechten, die von bestimmten Gerichten den Minderheitsgesellschaftern gewährt werden (equitable rights).

Stimmt der amerikanische Minderheitsgesellschafter mit einzelnen fundamentalen Änderungen der Gesellschaftspolitik und Geschäftsführung seiner Gesellschaft nicht überein, kann er unter Einhaltung eines genau festgelegten Verfahrensganges von der Gesellschaft verlangen, daß diese ihm seine Anteile zu einem fairen, dem gegenwärtigen Wert vor der beanstandeten Maßnahme entsprechenden Wert abkauft ¹⁾.

1) Cary, Corporations, S. 1714; Henn, § 349, S.723.

Das Abfindungsrecht ist heute in den Korporationsgesetzen aller amerikanischen Einzelstaaten mit Ausnahme von West-Virginia verankert ¹⁾. Es wird dem Einzelgesellschafter gewährt bei grundlegenden Umgestaltungen seiner Gesellschaft wie z.B. bei Unternehmenszusammenschlüssen (consolidations and merger), Verkauf maßgeblicher Vermögensbestandteile (sale of assets) und in einigen Staaten auch bei grundlegenden Änderungen oder Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages (charter) oder bei Auflösung der Gesellschaft ²⁾. Anstoß für eine gesetzliche Regelung war die common-law-Rechtsprechung des Staates Pennsylvania in dem insoweit bahnbrechenden Fall Laumann v. Lebanon ³⁾.

Sinn und Zweck des Abfindungsrechtes ist es, denjenigen Minderheitsgesellschaftern und Aktionären, die den geplanten Strukturänderungen in der Gesellschaft nicht zustimmen können oder wollen, ein einfaches und direktes Rechtsmittel zur Wahrung ihrer Vermögensrechte an die Hand zu geben. Daneben soll der Mehrheit die Möglichkeit eingeräumt werden, trotz einer die Ausführung von Gesellschaftsbeschlüssen blockierenden Minderheit den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten und durch Änderungen den Wünschen der Mehrheit und den wirtschaftlichen Verhältnissen

-
- 1) Skoler, Some Observations on the Scope of Appraisal Statutes, 13 Bus.Law. 240 (1958); Manning, The Shareholder Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker, 72 Yale L.J. 221 (1962).
 - 2) Vorenberg, Exclusiveness of the Dissenting Stockholders Appraisal Right, 77 Harv.L.Rev. 1189 (1964); Cary, Corporations, S. 1714; vgl. dazu auch die Aufstellung bei Skoler, aaO, S. 249-253; Manning, aaO, S. 262-266; zur Rechtslage in Delaware: Kerr-Letts, Appraisal Procedures for Dissenting Delaware Stockholders, 20 Bus.Law. 1083 (1965).
 - 3) 30 Pa. 42 (1858), zitiert u. besprochen bei Immen-
ga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 168, Fn. 132.

anzupassen ¹⁾.

Ein gesetzliches Abfindungsrecht wurde deshalb als notwendig erachtet, weil nach amerikanischem common law-Rechtsverständnis eine grundlegende Änderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages nur in Übereinstimmung aller Gesellschafter erfolgen kann ²⁾. Die Gesellschafter haben sich seinerzeit lediglich zu den in der Charter niedergelegten Vertragsbedingungen zur Verfolgung eines gemeinsamen Gesellschaftszwecks zusammengefunden. Der Minderheit soll eine Fortführung dieses Vertrages nicht unter allen Umständen zugemutet werden.

Das appraisal remedy dient damit vornehmlich den zwei Zielen, den Minderheitsgesellschafter für den Verlust seines Vetorechtes zu entschädigen und seine Sperrminorität als Störfaktor eines ordnungsgemäßen Geschäftsganges zu beseitigen. Dabei hat die Geltendmachung des appraisal rights für den Gesellschafter Ausschließlichkeitscharakter, weil er seine Gesellschafterstellung und nach den Gesetzen der meisten Staaten auch die Möglichkeit, seine Gesellschaftsrechte in anderer Weise gerichtlich geltend zu machen ³⁾, verliert.

1) Ballantine, On Corporations, § 298, S. 700; Lattin, Remedies of Dissenting Stockholders under Appraisal Statutes, 45 Harv.L.Rev. 233, 237, 248 (1931).

2) Skoler, aaO, S. 240; Lattin, Minority and Dissenting Shareholders Rights in Fundamental Changes, 23 Law and Contemp. Prob. 307 (1958); Wright v. Minnesota Mutual Insurance Co., 193 U.S. 657, 663 (1904) "It would be unreasonable and oppressive to require a member or stockholder to remain in a corporation whose fundamental purposes have been changed against his will".

3) Fast alle Einzelstaaten sehen Ausschließlichkeit vor mit Ausnahme von Kentucky u. Maine, so u.a. Cal. Corp. Code § 4123; Conn. Gen. Stat. Rev. § 33-373(f) (1961); dazu: Henn, § 349, Fn. 16, S. 727; Vorenberg, 77 Harv.L.Rev. 1189 (1964); Exklusivität wird auch bejaht in: Matteson v. Ziebarth, 40 Wash. 2d 286, 242 P. 2d 125 (1952); Johnson v. Baldwin, 221 S.C. 141, 69 S.E. 2d 585 (1952).

II. Der Verfahrensgang

Das anwendbare Verfahren zur Durchsetzung des Abfindungsanspruchs weicht in den amerikanischen Einzelstaaten voneinander ab. Viele Staaten sind jedoch dazu übergegangen, ihre gesellschaftsrechtlichen Gesetzesbestimmungen dem von der American Bar Association erarbeiteten Model Business Corporation Act anzupassen. Nach § 74 dieses Mustergesetzes muß der Gesellschafter zunächst dem ihn benachteiligenden Hauptversammlungsbeschluß widersprechen. Innerhalb einer Frist von 10 Tagen ¹⁾ muß er dann seinen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen und fairen Abfindung darlegen. Die Gesellschaft ist dann verpflichtet, binnen weiterer 10 Tage nach Vollzug der beanstandeten Maßnahme dem Gesellschafter ein konkretes Abfindungsangebot für dessen Anteil zu unterbreiten. Kommt während der nächsten 30 Tage eine Einigung nicht zustande, so hat die Gesellschaft innerhalb einer weiteren Frist von 30 Tagen das zuständige Gericht anzurufen. Dieses benennt zunächst drei unabhängige Sachverständige, die Gutachten über den Anteilswert abzugeben haben. Das Gericht hat über den Wert der Minderheitsanteile unter Berücksichtigung der drei Gutachten nach eigener Rechtsanschauung zu entscheiden. Die Kosten des aufwendigen Verfahrens hat die Gesellschaft zu tragen, es sei denn, eine vorherige

1) Die Regelung in den verschiedenen Einzelstaaten ist ähnlich. Unterschiede bestehen vor allem in der Bemessung der einzelnen Fristen, vgl. z.B. Illinois Business Corporation Act, § 70; Delaware General Corporation Law, § 262; N.Y. Bus. Corp. Law, § 623; vgl. auch Cary, Corporations, S. 1714; Henn, § 349, S. 723; zur Situation in North Carolina: Lat-tin, Minority and Dissenting Shareholders' Rights in Fundamental Changes, 23 Law and Contemp. Prob. 307, 321 (1958); zum Verfahrensgang in Delaware und New York vgl. Schleifenbaum, S. 106.

außergerichtliche Einigung ist von dem Minderheitsgesellschaftler böswillig vereitelt worden.

III. Die praktische Bedeutung des Appraisal Remedy

In der wirtschaftlichen Praxis stößt das gesetzlich vorgesehene Abfindungsrecht auf vielfältige Schwierigkeiten. Zudem wird es zur Abwicklung betriebsinterner Konflikte nur selten angewandt. Der einzuhaltende Verfahrensgang unter Beachtung der unterschiedlichen Fristen ist äußerst umständlich und langwierig und gleicht eher einem verfahrensrechtlichen Hindernislauf ¹⁾.

Schwierigkeiten kann u.U. auch die Bewertung der Unternehmensanteile bereiten. Wirklich bedeutsam werden kann ein Abfindungsanspruch nur in close corporations, für deren Gesellschaftsanteile ein öffentlicher Markt nicht besteht. Wird dagegen der Anteil als Aktie an der Börse gehandelt, steht einem problemlosen öffentlichen Verkauf nichts im Wege. In close corporations ist ein Marktpreis für den Wert der Anteile nicht ermittelbar. Die persönlichen Bindungen der Einzelgesellschaft an "ihre" Gesellschaft und der damit verbundene persönliche Einfluß, die Bedeutung einer u.U. ausgeübten Geschäftsführertätigkeit und auch die Zukunftschancen der Gesellschaft sind Faktoren, die nur schwer in Geld auszurechnen sind. Auch besteht die Gefahr, daß der wahre Wert der Anteile, für den ein objektiver Wertmaßstab in Form des Markt- oder Börsenpreises nicht herangezogen werden kann, durch Manipulationen wie Verschweigen wichtiger Vorgänge in der Gesellschaft, Vorziehen oder Unterlassen wertbeeinträchtigender Maßnahmen verschleiert wird.

1) Manning, 72 Yale L.J. 231 (1962).

Das gerichtliche Verfahren zur Klärung und Festsetzung der Abfindungsansprüche kann für die einzelne Gesellschaft ein nicht unerhebliches Kostenrisiko bedeuten. Es entstehen neben den Gerichtskosten auch die in den USA recht hohen Anwaltsgebühren sowie die Kosten für die Heranziehung dreier Sachverständiger. Die Bedeutung dieser Kosten wächst noch in kleineren close corporations im Vergleich zu dem prozentualen Wert der Minderheitsanteile an dem Gesellschaftskapital. Die Kosten des appraisal remedy haben damit für die Gesellschaft einen eher abschreckenden Charakter ¹⁾.

Im Konzernzusammenhang ist das Abfindungsrecht als Schutz des Minderheitsgesellschafters nur bedingt geeignet. Der Minderheitsgesellschafter hat die Möglichkeit des Austritts aus der Gesellschaft allenfalls in dem Augenblick der Konzernierung seiner Gesellschaft. Nur wenn seine Gesellschaft von einer anderen ganz oder teilweise übernommen und in einen Konzern eingegliedert wird, besteht für ihn die Möglichkeit, Abfindungsansprüche in der geschilderten Art geltend zu machen, da maßgebliche Vermögensbestandteile oder Anteilsrechte an der Gesellschaft den Besitzer gewechselt haben. Läßt er diesen Zeitpunkt verstreichen, kann er nachteilige Eingriffe z.B. der Konzernmutter in seine Gesellschaft nicht mehr zum Anlaß nehmen, gegen eine Abfindung für seine Gesellschaftsanteile die Gesellschaft zu verlassen. Dies gilt selbst dann, wenn die schädigende Maßnahme einen weit größeren Einfluß auf seine Minderheitsanteile hat als andere Transaktionen, die den Weg eines Ausgleichs über Abfindungsansprüche ermöglichen. Die Auswahl nur einiger weniger gesellschaftsrechtlicher Vorgänge als Vorausatbestand

1) Ballantine, On Corporations, § 298, S. 702.

der appraisal proceedings und die Nichtberücksichtigung anderer durchaus vergleichbarer Tatbestände, die einen ebenso schwerwiegenden Eingriff in das Gesellschaftsgefüge bedeuten können, ist rechtssystematisch nicht zu rechtfertigen und eher nach rein willkürlichen Kriterien festgesetzt worden. Diese Gesichtspunkte sind allein nach historischen und dogmatischen Gesichtspunkten ausgewählt worden, was im amerikanischen Schrifttum auf heftige Kritik gestoßen ist ¹⁾.

Bedenken gegen die Anwendung des appraisal remedy bestehen auch noch aus einem anderen Grund. Ursprünglich sollten die Abfindungsrechte in der Hauptsache den Interessen der Minderheit dienen und ihr einen Weg aus einer Gesellschaft weisen, deren grundlegende Strukturänderungen mitzumachen sie nicht mehr bereit oder in der Lage war. In der Unternehmenswirklichkeit hat sich jedoch im Laufe der Zeit herausgestellt, daß die appraisal remedies oft eher den Interessen der Mehrheit entgegenkommen ²⁾.

Appraisal rights eröffnen nicht nur dem Minderheitsgesellschafter einen Weg, die Gesellschaft unter weitgehender Berücksichtigung seiner Vermögensinteressen zu verlassen, sondern werden auch von der Mehrheit benutzt, um mißliebige Gesellschafter aus der Gesellschaft zu vertreiben ³⁾. Dadurch wurden die an sich wünschenswerten Ziele und Absichten der Gesetzgeber z.T. in ihr Gegenteil verkehrt. Die Mehrheit kann Transaktionen vornehmen, von denen sie im voraus weiß, daß sie für die Minderheit nur schwer tragbar sind. Diese wird u.U. bereitwillig das Angebot einer Abfindung annehmen müssen, wobei ihre Anteile dann problemlos der Mehrheit in den Schoß fallen. Die amerikanische Gerichtspraxis be-

1) Manning, 72 Yale L.J. 237 (1962).

2) Skoler, aaO, S. 240; Ballantine, § 298 S. 240.

3) Vorenberg, 77 Harv.L.Rev. 1189 (1964).

zeichnet diese Fallgruppe als "freeze-out of minority interests".

Ein Musterbeispiel für diesen Falltypus ist der Rechtsstreit *Theis v. Spokane Falls Gas Light Co.*¹⁾. In diesem Fall versuchte der Mehrheitsgesellschafter, die Gesellschaft aufzulösen und deren Vermögen an eine neue, ihm gehörende Gesellschaft zu verkaufen. Die mißbliebige Minderheit sollte durch Zahlung einer Abfindungssumme zufriedengestellt werden. Diese Transaktion wurde nur deshalb gerichtlich unterbunden, weil das Gericht für die Auflösung der Gesellschaft eine betrügerische Absicht und nicht einen 'bona fide' geschäftlichen Grund als gegeben ansah.

Im Gegensatz dazu steht der Fall *Matteson v. Ziebarth*²⁾. In "Matteson" wurde der geplante Verkauf der gesamten Gesellschaftsanteile zum Zwecke einer Fusion trotz verweigerter Zustimmung durch den Minderheitsgesellschafter Matteson, der für ein Drittel der Anteile zeichnete, nach Zahlung einer Abfindung ausdrücklich für zulässig erachtet. Die Beseitigung des früheren Mitgesellschafter und die Gründung einer neuen Gesellschaft, deren Vermögen im wesentlichen dem der Altgesellschaft entsprach, hatte vor allem deswegen vor den Augen des Gerichts Bestand, weil Anzeichen für betrügerische Absichten (unfairness and fraud) nicht ersichtlich waren, der Verkauf allen Gesellschaftern gleichermaßen zugute kam, die Aktion die finanziell angeschlagene Altgesellschaft retten sollte und Matteson in seinem vorherigen Verhalten wenig Anzeichen für eine Kooperationsbereitschaft hatte erkennen lassen, um dringende Gesellschaftsprobleme lösen zu helfen. Vielmehr hatte er es vorgezogen, den Hauptgesellschafter in

1) 34 Wash. 23, 74 Pac. 1004 (1904).

2) 40 Wash. 2d. 286, 242 P. 2d 1025 (1952).

unqualifizierter Weise zu beschuldigen. Das Gericht erkannte die, wenn auch nur sekundäre, Absicht des Hauptgesellschafters, einen unliebsamen Störenfried zugleich mit der notwendig gewordenen Umorganisation aus der Gesellschaft zu entfernen, als durchaus noch mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmend an. Sofern sich die Mehrheitsgesellschafter nicht von betrügerischen oder unredlichen Motiven leiten lassen, sind die Umorganisation der Gesellschaft und die Durchführung der appraisal proceedings bei gleichzeitiger Abfindung lästiger Minderheitsgesellschafter rechtlich kaum zu beanstanden. Dies kann für die Mehrheit einen durchaus erwünschten Nebeneffekt haben, der aber dem ursprünglichen Gedanken des Minderheitenschutzes, welcher wohl in erster Linie von der Erhaltung und Bewahrung des Anteilsrechtes auszugehen hat, zuwiderläuft.

In dem in diesem Zusammenhang einschlägigen Fall *Blumenthal v. Roosevelt Hotel, Inc.*, ¹⁾ verkaufte die Muttergesellschaft das Vermögen einer teilweise im Eigenbesitz stehenden Tochtergesellschaft an eine hundertprozentige Tochter. Auf die Klage des Minderheitsgesellschafters entschied das Gericht, der Wunsch, Minderheitsgesellschafter "zu eliminieren", stelle für sich allein noch nicht die Frage nach der Illegalität.

Dieser Fall wurde in der Literatur teilweise zu Recht als gerichtlicher Freibrief verstanden, sich auf scheinbar legale Weise unliebsamer Mitgesellschafter zu entledigen ²⁾.

-
- 1) *Blumenthal v. Roosevelt Hotel, Inc.*, 202 Misc. 988, 115 N.Y.S. 2d 52 (1952).
 - 2) *Vorenberg*, 77 Harv.L.Rev. 1098 (1964); *Notes, Freezing-out Minority Shareholders*, 74 Harv.L.Rev. 1630, 1636 (1967); in gleichem Sinne äußert sich auch Justice Grady in seinem Minderheitsvotum in *Matteson v. Ziebarth*, 40 Wash. 2d 286, 242 P. 2d 1025 (1952): "... we open the way to a new method of freezing-out minority stockholders merely because they disagree with the majority on questions of corporate policy".

Die Erfüllung von Abfindungsansprüchen kann u.U. die wirtschaftliche Existenz kleiner und kapital-schwächerer Gesellschaften bedrohen. Diesem Gesellschaftstypus könnte es schwerfallen, das zur Abfindung notwendige Kapital flüssig zu machen und aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen. Hier gilt es zu berücksichtigen, daß sich in close corporations Minderheitsanteile gewichtiger ausdrücken können als bei großen Publikumsgesellschaften. Ein Aderlaß an flüssigen Mitteln, die der Gesellschaft dann an anderer Stelle fehlen können, oder die Bereitstellung derartiger Mittel für potentielle Abfindungsansprüche können dann Einfluß auf die Gesellschaftspolitik gewinnen, wenn, um dem Verlust von Beamteten zu entgehen, notwendige kaufmännische Maßnahmen aufgeschoben oder unterlassen werden. So sind in der amerikanischen Gerichtspraxis bereits Fälle bekannt, in denen die Mehrheit die geplanten Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur durchführen konnte, weil gleichzeitig die Minderheit auf die eventuelle Geltendmachung eines Abfindungsanspruches verzichtete ¹⁾.

Die Schwierigkeiten bei der Anwendung der amerikanischen appraisal-Gesetze, die hier nur kurz skizziert werden konnten, werfen zugleich auch einen Schatten auf die in der deutschen Konzernrechtsreformdiskussion aufgetauchten Vorschläge, Gesellschaftern beherrschter Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen ein Abfindungsrecht zuzugestehen. Die amerikanische Gerichtspraxis deutet an, mit welchen Schwierigkeiten in Deutschland nach Verwirklichung derartiger Vorschläge zu rechnen wäre.

1) Farris v. Glen Alden Corp., 143 A. 2d 25, 28, Fn. 5 (1958).

Ungeachtet der Frage, ob appraisal rights den Interessen der Minderheit eher dienlich und im Sinne eines effektiven Minderheitenschutzes wünschenswert und daher auszubauen sind oder ob sie den Minderheitsinteressen entgegenstehen und daher abzuschaffen sind ¹⁾, besteht jedoch in Schrifttum und Rechtsprechung der USA allgemein Einigkeit darüber, daß die Abfindungsansprüche als alleiniger Minderheitenschutz nicht ausreichend sind ²⁾. Neben diesem statutarischen Schutz wird dem Gesellschafter in allen Staaten der USA das Recht eingeräumt, seine Minderheitsrechte nach allgemeinen Billigkeitsgrundsätzen vor den equity courts zu verteidigen.

C. Die Treuepflichten im amerikanischen Gesellschaftsrecht

I. Die Grundzüge des amerikanischen Trustrechts

Die Rechtsbeziehungen innerhalb einer Kapitalgesellschaft - sei es zwischen Direktorium bzw. Management und der Gesellschaft oder zwischen den einzelnen Gesellschaftern - werden im amerikanischen Gesellschaftsrecht maßgeblich von den Rechtsgedanken des Treuhandrechts beeinflußt und bestimmt. Bei den Regeln des Trustrechts handelt es sich um ein den Gedanken der equity entspringendes umfassendes und im Laufe der Zeit durch die Gerichte ausgebildetes Rechtssystem, das in dieser Form dem deutschen Recht unbekannt ist ²⁾.

Trustrecht findet in der amerikanischen Rechtsprechung immer dann Anwendung, wenn eine Person in

1) Cary, Corporations, S. 1717.

2) Wiedemann, Minderheitenschutz und Aktienhandel, S. 5.

der Lage ist, über das Eigentum einer anderen Person zu deren Gunsten zu verfügen ¹⁾.

Die Begründung einer Trustbeziehung setzt dreierlei voraus ²⁾:

1. einen Treuhänder (trustee), der für einen anderen über dessen Eigentum zu verfügen in der Lage ist,
2. einen Treugeber (beneficiary oder cestui que trust),
3. das Vorhandensein des Treugutes (trust property), über das der Treuhänder zugunsten des Treugebers verfügt.

Die Begründung der Treuhandbeziehungen erfordert eine persönliche Beziehung oder Absprache zwischen trustee und beneficiary, in der die Rechte und Pflichten der beiden Seiten festgelegt werden. Der Treuhänder ist verpflichtet, in seinen Dispositionen über das Treugut ausschließlich den Interessen des cestui que trust zu dienen. Den Anschein auch nur eines Interessenkonfliktes oder gar einer Selbstbegünstigung zu Lasten des Treugebers gilt es zu vermeiden. Ein eherner Grundsatz des Trustrechts verbietet es dem Treugeber, aus Geschäften mit dem ihm anvertrauten Vermögen (Treugut) einen persönlichen Gewinn zu ziehen. Die Beziehung des Treuhänders zu seinem Treugeber ist geregelt durch die Verpflichtung zur Einhaltung einer den trustee verpflichtenden Treuepflicht (fiduciary duty) und die Loyalitätspflicht ³⁾.

Nach den Regeln des Trustrechts steht eine Person zu einer anderen dann in einer fiduciary relation,

-
- 1) Trustregeln finden Anwendung auf die verschiedensten Rechtsbeziehungen, so z.B. auf die Beziehung Anwalt-Klient, Vertreter und Vertretenener, Vormund und Mündel etc., Restatement of Restitution, sec. 190, comment "a".
 - 2) Restatement, 2d, Trusts, Anm. zu § 2, S. 10.
 - 3) Restatement, 2d, Trusts, § 170.

wenn sie verpflichtet ist, mit dem Treugut zum Wohle des Treugebers innerhalb gesetzlicher Schranken und der getroffenen Vereinbarungen und Verpflichtungen zu handeln ¹⁾. Führt ein entgegenstehendes treuwidriges Verhalten zu ungerechtfertigten wirtschaftlichen Gewinnen des Handelnden, so hat dieser sie ersatzlos an die Gesellschaft herauszugeben ²⁾. Da der Verlust des gesamten Gewinns droht, soll der Treuhänder auf diese Weise von unlauteren Geschäften abgehalten werden.

Die Trustregeln haben als Weiterentwicklung des equity-Gedankenguts auf das amerikanische Gesellschaftsrecht einen großen Einfluß ausgeübt. Zu ihnen gehören z.B. das Verbot, unberechtigterweise mit den Geschäften des Treugebers zu konkurrieren ³⁾, die Verpflichtung zu wahrheitsgetreuer Information ⁴⁾, Erhaltung und Bewahrung des Treuguts ⁵⁾ und der Schutz vor Verlust des Gesellschaftsvermögens ⁶⁾.

Der Gedanke, daß das Gesellschaftsrecht teilweise als ein Zweig des Trustrechts anzusehen sei und weitgehend von dessen Prinzipien beherrscht werde, wurde systematisch erstmals von Berle ⁷⁾ in seinem bahnbrechenden Aufsatz "Corporate Powers as Powers in Trust" dargelegt. Berle stellte die These auf, daß alle Entscheidungsgewalt, die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft, der

1) Restatement, 2d, Trusts, § 170.

2) Restatement, 2d, Trusts, § 203; vgl. dazu: Byrne v. Barrett, 268 N.Y. 199, 197 N.E. 217 (1935); In Re Union Real Estate Investment Co., 331 Pa. 569, 1 A. 2d 662 (1938); Caveney v. Caveney, 234 Wis. 637, 291 N.W. 818 (1940).

3) Restatement, 2d, Trust § 170, Comment on Subsection (1), p.

4) Vgl. Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, 270, 5 A. 2d 503, 510 (Sup. Ct. 1939).

5) Restatement, 2d, Trusts, § 173.

6) Restatement, 2d, Trusts, § 176.

7) Berle, Corporate Powers as Powers in Trust, 44 Harv. L. Rev. 1049 (1931).

Verwaltung oder jedweder Gruppe innerhalb der Gesellschaft übertragen wird, notwendigerweise nur zum Wohle der Interessen der Gesellschafter ausgeübt werden dürfe; der Gebrauch der Macht innerhalb der Gesellschaft solle durch die Prinzipien der equity beschränkt werden (equitable limitations).

Nach nunmehr allgemein herrschender Meinung sind die Trustregeln allerdings nicht direkt und uneingeschränkt auf die innere Verfassung der Kapitalgesellschaften anwendbar ¹⁾. Die Interessenlage innerhalb einer Kapitalgesellschaft verlangt eine größere Flexibilität und Anpassungsfähigkeit, als die vorgegebene Ausgangslage der typischen Treuhändersituation sie anbieten kann. Die Anwendung der Trustprinzipien muß daher auf die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts Rücksicht nehmen.

Die Entwicklung der für das Konzernrecht maßgeblichen und aus dem Gedankengut der equity entstammenden Treuhandregeln vollzieht sich im amerikanischen Gesellschaftsrecht in drei Stufen. Bezüglich der anwendbaren Regeln und Bestimmungen aufeinander aufbauend sind die folgenden drei Rechtsbeziehungen zu unterscheiden:

- 1) Das Verhältnis Direktorium-Gesellschaft.
- 2) Das Verhältnis zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter.
- 3) Das Verhältnis Mutter-Tochtergesellschaft.

II. Das Verhältnis Direktorium - Gesellschaft

Ausgangspunkt für die Untersuchung innergesellschaftlicher Rechtsbeziehungen und Abhängigkeiten ist im

1) So auch Berle, 220, 44 Harv. L. Rev. 1074 (1931); vgl. Ballantine, On Corporations, §§ 66 ff., 8.167; Remillard Brick Co. v. Remillard Dandini Co., 109 Cal. App. 2d 405, 419, 241 P. 2d 66 (1952).

amerikanischen Gesellschaftsrecht das Verhältnis der Verwaltung zu "ihrer" Gesellschaft.

In der älteren amerikanischen Rechtsprechung ist der Gedanke ausgeprägt, daß der Direktor wie ein Treuhänder im engen Sinne Dispositionen über das Gesellschaftsvermögen treffen kann und er sich deshalb den strengen Beschränkungen des Trustrechts zu unterwerfen hat ¹⁾. Seine Beziehung zur Gesellschaft wurden als die eines trustee zu seinem cestui que trust angesehen ²⁾.

Doch bereits Ballantine hat in seinem 1946 erschienenen Buch "On Corporations" ausgeführt, daß die Treuepflichten eines Direktors zu seiner Gesellschaft weniger streng auszulegen seien als diejenigen des klassischen Treuhänders zu seinem Treugeber ³⁾. Diesem Rechtsgedanken entspricht nunmehr auch der nachträglich eingeführte § 16 a der Restatements of Trust:

"The officers and directors of a corporation, although they are fiduciaries, are not trustees". Hierin spiegelt sich die richtige Ansicht wider, daß Direktorium und Management lediglich Verwalter fremden Vermögens, nicht aber wie der trustee angewiesen sind, über das Gesellschaftsvermögen auftrags-

-
- 1) Vgl. Southern Pacific Co. v. Bogert, 250 U.S. 483, 491, 492, 39 Sup. Ct. 533, 63 L.Ed. 1099 (1919); Allied Chemical & Dye Corp. v. Steel & Tube Company of America, 14 Del.Ch. 1, 12, 120 Atl. 486, 491 (1923); Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 306, 60 S. Ct. 238, 84 L.Ed. 281 (1939); Zahn v. Transamerica Co., 162 F. 2d 36, 172 A.L.R. 495, (3rd Cir. 1947).
- 2) Guth v. Loft, 23 Del. Ch. 138, 2A. 2d 225 (Del. 1935).
- 3) Ballantine, On Corporations, § 66, S. 167; Orlando Groves Co. v. Habe, 107 Fla. 304, 144 So. 674; Berger v. Amanca Society, 253 Iowa 378, 111 N.W. 2d 753: "While a director and managing officer of a corporation occupies the position of a fiduciary toward the corporation, he is not strictly a trustee, and his duties and liabilities are not necessarily identical with those of other fiduciaries"; Paddock v. Siemoneit, 147 Tex. 571, 218 S.W. 2d 428 (1949); Schaffhauser v. Arnholt & Schafer Brewing Co., 218 Pa. 298, 301, 67 Atl. 417 (1907).

gemäß zu verfügen. Anders als der eigentliche Treuhänder sind sie zu bestimmten Vermögensverfügungen nicht verpflichtet und haben nicht direkten und unbeschränkten Zugriff zum Gesellschaftsvermögen.

Die Stellung als Direktor und leitender Angestellter (executive officer) bringt als Korrelat die Verpflichtung mit sich, bei den Gesellschaftsgeschäften in gutem Glauben und im Interesse der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter mit der gebotenen Sorgfalt und Umsicht innerhalb der im Innenverhältnis zugestandenen Geschäftsführungsbefugnis zu handeln ¹⁾. Der Grundsatz ungeteilter Loyalität und unbedingter Fairness verlangt, daß die Direktoren die Gesellschaft durch ihre Amtsführung weder schädigen noch persönliche Gewinne zu Lasten der Gesellschaft erzielen. Wird diese Verpflichtung böswillig verletzt, so können die handelnden Direktoren persönlich zur Rechenschaft gezogen werden ²⁾. Hierin kommt wieder der alte Trustgrundsatz des Verbots der Erzielung persönlichen Gewinns zum Vorschein.

Das gesamte Management ist in seinem Handeln auf das Wohl der Anstellungsgesellschaft verpflichtet. Es hat für den Schutz des Gesellschaftsvermögens zu sorgen sowie dafür, daß dieses erhalten und nicht durch Geschäfte und Manipulationen verschwendet oder gefährdet wird ³⁾. Das Wohl der Gesellschaft ist eigenen, eventuell entgegenstehenden persönlichen und wirtschaftlichen Interessen voranzustellen ⁴⁾.

Nach amerikanischer Auffassung vertritt das Direktorium bei Durchführung der Gesellschaftsgeschäfte

-
- 1) Mayflower Hotel Stockholders Protective Committee v. Mayflower Hotel Corporation, 173 F.2d 416 (D.C. 1949); Kavanaugh v. Kavanaugh Knitting Co., 226 N.Y. 185, 123 N.E. 148 (1919).
 - 2) Hechelman v. Geyer, 248 Pa. 430, 94 Atl. 188 (1915).
 - 3) Diedrick v. Helm, 217 Minn. 483, 14 N.W. 2d 913; Lat-tin, On Corporations, § 79, S. 282.
 - 4) Schaffhauser v. Arnholt Schafer Brewing Co., 218 Pa. 298, 301, 67 Atl. 417 (1907).

sämtliche Aktionäre bzw. Gesellschafter und ist daher, weil es Entscheidungen treffen kann, die direkten Einfluß auf deren Vermögensinteressen haben können, ~~verpflichtet, die Treuepflicht~~ ¹⁾ zu beachten.

Die Treuepflicht als Bewertungsmaßstab für die Geschäftsführung des Direktoriums ist heute allgemein anerkannt ²⁾. Dieser Rechtsgrundsatz hat Eingang in die Gesetze einiger Einzelstaaten gefunden ³⁾.

III. Das Prinzip der Mehrheitsherrschaft - Die Treuepflichten des Mehrheitsgesellschafters

Der Besitz der Mehrheitsanteile in einer Gesellschaft gibt dem betreffenden Gesellschafter die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft auszuüben. Dies kann konkret geschehen durch Beeinflussung der Wahl des Direktoriums oder durch entsprechende Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung. Ist ein Gesellschafter in der Lage, auf alle wichtigen, die Gesellschaft betreffenden Maßnahmen Einfluß zu nehmen, bezeichnet man ihn als kontrollierenden Gesellschafter (controlling shareholder). Der kontrollierende Gesellschafter ist

1) Boss v. Boss, 200 A. 2d 231 (R.I. 1964).

2) Vgl. bereits Litwin v. Allen 25 N.Y. S. 2d 667 (Sup.Ct. of N.Y. 1940); Gerdes v. Reynolds, 28 N.Y. S. 2d 622 (Sup.Ct. of N.Y. 1941).

3) Vgl. z.B. sec. 408 art. II of the Business Corporation Law of 1933 (Pennsylvania): "Officers and directors shall be deemed to stand in a fiduciary relation to the corporation and shall discharge the duties of their respective positions in good faith and with that diligence, care and skill which ordinarily prudent men would exercise under similar circumstances in their personal business affairs".

durch dieses überaus große Maß der Einflußnahme praktisch die Gesellschaft ¹⁾. Er ist in der Lage, sämtliche Macht und Entscheidungsbefugnis in der Gesellschaft an sich zu ziehen. Diese dominierende Stellung des Mehrheitsgesellschafters bedingt, daß demgegenüber die Bedeutung des Direktoriums sowie der Gesellschafterversammlung als ursprünglich bedeutsamstem und höchstem gesellschaftlichen Entschlußorgan weitgehend zurücktritt.

1. Die Majority Rule

Nach früherem amerikanischem common law-Rechtsverständnis gab der Besitz der Mehrheitsanteile einer Gesellschaft dem Mehrheitsgesellschafter die absolute Befugnis, die Geschicke der Gesellschaft maßgebend zu beeinflussen oder zu diktieren ²⁾. Bei einer solcherart verstandenen uneingeschränkten Mehrheitsherrschaft bestand keine Notwendigkeit, den herrschenden Gesellschafter dazu zu verpflichten, bestimmte Treuepflichten gegenüber den Minderheitsgesellschaftern einzuhalten ³⁾. Im Sinne einer extremen Auslegung der Spielregeln innerhalb einer rein kapitalistischen Wirtschaftsordnung wurde es als selbstverständlich angesehen, daß der herrschende Gesellschafter seine eigenen, egoistischen Ziele und Absichten auch gegen die Interessen der zahlenmäßig unterlegenen Minderheit vertreten kann ⁴⁾

1) Wheeler v. Abilene National Bank Building Co., 159 Fed. 391 (8th.Cir. 1908); Gaines v. Long Mfg. Co., Inc., 234 N.C. 340, 67 S.E. 2d 350, 38 A.L.R. 2d 1359 (1951).

2) Ryder v. Bamberger, 172 Cal. 791, 158 P. 753 (1916)

3) Windmuller v. Standard Distilling Company, 114 Fed. 491, 494 (3 rd. Cir. 1902); Colgate v. U.S. Leather Co., 73 N.J. 72, 67 Atl. 657 (1907), Note, The Fiduciary Duty of Controlling Shareholders, 7 Western Reserve L.Rev. 467 (1958).

4) Ryder v. Bamberger, 172 Cal. 791, 158 P. 753, 759 (1916).

sofern er nicht bösgläubig oder mit betrügerischen Mitteln gehandelt hat ¹⁾. Die einseitige Bevorzugung persönlicher Interessen zu Lasten etwaiger entgegenstehender Interessen der Gesellschafterminderheit wurde angesehen als notwendige und unausweichliche Folge eines konsequent verstandenen Eigentumschutzes.

2. Die Trust Fund Theory

Nach der sog. trust fund theory unterliegen sämtliche gesellschaftsrelevanten Handlungen des Mehrheitsgesellschafters den Regeln des Trustrechts, wie sie in dem Restatement of Trusts dargelegt sind. Dieser Auffassung lag der Gedanke zugrunde, daß die Gesellschafter das Gesellschaftskapital als Treugut wie Treuhänder der Gesellschaftsgläubiger und der übrigen Gesellschafter zu verwalten haben ²⁾. Die Macht des Großaktionärs, der Gesellschaft u.U. seinen Willen aufzuzwingen, wurde als klassisches Indiz für das Vorliegen einer reinen Treuhänderstellung gewertet, da der Mehrheitsgesellschaftler in der Lage ist, Interessen und Wert der Kapitalanteile in ihrem Kern zu berühren ³⁾.

Justice Brandeis faßte diese konservative Meinung wie folgt zusammen:

"It is the fact of control of the common property held and exercised, not the particular means by which or manner in which the control is exercised, that creates the fiduciary obligation" ⁴⁾.

1) Hill v. Erwin Mills, Inc., 239 N.C. 437, 80 S.E. 2d 358 (1954).

2) Dodge v. Woolsey, 59 U.S. 331, 15 L.Ed. 401 (Sup.Ct. 1855).

3) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 Atl. 486 (Del. 1923).

4) Southern Pacific Co. v. Bogert, 250 U.S. 483, 487 (Sup.Ct. 1918).

Dieser strengen Betrachtungsweise kann nur teilweise gefolgt werden. Ein Mehrheitsgesellschafter hält nicht allein mit Hinblick auf seinen Kapitalanteil eine Treuhänderstellung inne ¹⁾. Besitz der Aktienmehrheit allein kann die strenge Pflichtenstellung eines Treuhänders noch nicht begründen. Anders als der Treuhänder, der im Auftrag und für Rechnung eines Dritten tätig wird, darf der Mehrheitsgesellschafter auch seine ureigenen Interessen verfolgen. Der Anteil an dem Gesellschaftskapital ist Teil seines persönlichen Eigentums, über das er selbstverständlich frei verfügen kann z.B. durch Verkauf oder auch Spekulation. Anders als dem reinen Treuhänder, dem fremdes Vermögen anvertraut ist, ist es ihm nicht verwehrt, aus gesellschaftlichen Transaktionen mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen persönlich einen Gewinn zu ziehen oder mit der Gesellschaft gewinnbringende Geschäfte zu machen. Auch der kontrollierende Einfluß auf die Gesellschaft allein kann Beschränkungen durch Bindungen an eine Treuepflicht noch nicht herbeiführen. Die Wahrnehmung der daran angeknüpften Rechte und Einflußmöglichkeiten verstößt weder gegen gesetzliche Vorschriften noch gegen die Billigkeitsschranken des equity-Rechts. Der Mehrheitsgesellschafter hat das aus seiner Kapitalbeteiligung folgende Recht, die Gesellschaft zu kontrollieren. "There is nothing illegal about control" heißt es in *Kaplan v. Centex Corporation* ²⁾.

Und doch hat die Stellung des Mehrheitsgesellschafters zwei Seiten, sie trägt ein "Janusgesicht" ³⁾.

1) *Tower Hill Connelssville, Coke Co. v. Piedmont Coal Co.*, 64 F. 2d 817 (4th Cir. 1933).

2) *Kaplan v. Centex Corporation*, 284 A 2d, 119 (Del. Ch. 1971).

3) *Wiedemann, Minderheitenschutz und Aktienhandel*, S. 7, 8.

Die Wahrnehmung der Kontrollmöglichkeit hat nicht nur Auswirkung auf den eigenen Kapitalanteil, sondern auch auf die Minderheitsanteile. Daraus können Rücksichtspflichten erwachsen. Als Kehrseite für die gewährte Machtfülle trifft den kontrollierenden Gesellschafter die Verpflichtung, auch für die berechtigten Interessen der Minderheit Sorge zu tragen, da diese letztlich nur durch ihn innerhalb der Gesellschaft wirksam tätig werden kann. Diese sog. Treuepflicht beinhaltet die Verpflichtung, die Mehrheitsmacht nur mit der nötigen Umsicht und Sorgfalt auszuüben, um das Gesellschaftsvermögen zum Wohle aller Beteiligten zu erhalten und zu vermehren, Minderheitsinteressen zu schützen und für eine korrekte Dividendenauszahlung zu sorgen ¹⁾. Diese Pflicht gründet sich auf den Umstand, daß eine gewisse Interessenparallelität zwischen Mehrheit und Minderheit besteht, da beide Gruppen an dem Vermögen derselben Gesellschaft beteiligt sind. Die Anerkennung einer Treuepflicht (fiduciary duty), die den Mehrheitsgesellschafter, vor allem den kontrollierenden Mehrheitsgesellschafter, gegenüber der Minderheit bindet, ist angelehnt und entstanden aus den Pflichten, die das Mitglied des Direktoriums in bezug auf seine Gesellschaft treffen. Dies folgt daraus, daß er aufgrund seiner Mehrheitsmacht das Direktorium auswählen und kontrollieren kann, er also deren Macht und Verantwortung übernimmt ²⁾. Normalerweise

1) Southern Pacific Co. v. Bogert, 250 U.S. 483 (Sup.Ct. 1919); Wheeler v. National Bank Building Co., 159 Fed. 391 (8th Cir. 1908); Godley v. Crandall Co., 212 N.Y. 121, 105 N.E. 818 (1914); Eaton v. Robinson, 19 R.I. 146, 31 Atl. 1058 (1895); Chrichton v. Webb Press Co., 113 La. 167, 36 So. 926; Sparrow v. E. Bement & Sons, 142 Mich. 441, 105 N.W. 881 (1905); Gaines v. Long, 234 N.C. 340, 67 S.E. 2d 350 (1951).

2) Pepper v. Litton, 308 U.S. 295 (Sup. Ct. 1939).

bestimmen die Direktoren die Ausführung der Geschäftspolitik und sprechen für die Gesellschaft. Übernimmt die Mehrheit diese Geschäfte, handelt sie also selbst als die Gesellschaft, hat sie auch für die Einhaltung der damit verbundenen Verpflichtungen, darunter auch der Treuepflicht, zu sorgen¹⁾. Ähnlich wie im deutschen Gesellschaftsrecht ist also auch hier das organschaftliche Argument maßgebend.

3. Der Verkauf der Gesellschaftskontrolle - Der Fall Perlman v. Feldmann

Der Vergleich der Treuepflicht des Mehrheitsgesellschafters mit derjenigen des einfachen Direktors ist umfassend angestellt worden in dem berühmten Fall Perlman v. Feldmann²⁾. Angesprochen in dieser Entscheidung war das Problem des Verkaufs der Gesellschaftskontrolle (sale of control). Grundsätzlich unterliegt der Handel mit Gesellschaftsanteilen seitens der Mehrheitsgesellschafter, abgesehen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, keinen besonderen Beschränkungen³⁾. Besonderheiten können sich jedoch ergeben beim Verkauf der Mehrheit der Gesellschaftsanteile und damit der Kontrolle über die Gesellschaft. Der Erwerb der Mehrheitsherrschaft über eine Gesellschaft ist dem Käufer oft einen Preis wert, der erheblich über dem Markt- oder Handelswert der Anteile liegt (sog. Paketzuschlag). Dieser Problemkreis wurde erstmals in der bahnbrechenden Untersuchung von Berle und Means⁴⁾ angesprochen. Berle prägte in diesem Zusammenhang den

1) Allied Chemical and Dye Corp. v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486, (Del. 1923); so auch schon: Farmers Loan and Trust Co. v. New York & Northern Ry. Co., 44 N.E. 1043 (N.Y. 1896).

2) 219 F. 2d 173 (2nd Cir. 1955), 50 A.L.R. 2d 1134, cert. den 349 U.S. 952, 99 L.Ed. 1257, 75 S.Ct. 880.

3) Thompson v. Hambrick, 508 S.W. 2d 949, 953 (1974).

4) Berle-Means, The Modern Corporation and Private Property, New York 1932.

vielzitierten Satz: "... that the power going with 'control' is an asset which belongs to the corporation; and that payment for that power, if it goes anywhere, must go to the corporate treasury"¹⁾, Die Grundaussage der corporate asset theory ²⁾ ist die Feststellung, daß jeder bei Verkauf der Gesellschaftskontrolle über den Handelswert erzielte Zuschlag Teil des Gesellschaftsvermögens ist und als solcher der Gesellschaft und allen Gesellschaftern anteilsmäßig zusteht.

Der Entscheidung Perlman v. Feldmann lag folgender Sachverhalt zugrunde, der für die Problematik der sale of control typisch ist:

Der Beklagte Feldmann war zugleich Hauptaktionär, Präsident und Vorstandsvorsitzender der Newport Steel Corporation. Newport stellte Stahlbleche her und verkaufte sie zumeist an die Wilport-Gesellschaft in Delaware. Feldmann besaß zusammen mit seiner Familie 37 Prozent der Anteile und beherrschte die Geschäftspolitik. Als während der Korea-Krise infolge Rohstoffmangels die Stahlpreise kurzfristig anstiegen, verkaufte er den Familienanteil zu einem überhöhten Marktpreis von 20 Dollar pro Anteil an-

1) Berle-Means, aaO, S. 244.

2) Zu der umfassenden und teilweise kontroversen Diskussion zu diesem Thema: Andrews, The Stockholders Right to Equal Opportunity in the Sale of Shares, 78 Harv.L.Rev. 505 (1965); Bayne, The Sale of Control Premium: The Disposition, 57 Calif.L.Rev. 615 (1969); ders., A Philosophy of Corporate Control, 112 U.Pa. L.Rev.22 (1963); Berle, Control in Corporate Law, 58 Colum.L.Rev.1212 (1958); Hazen, Transfers of Corporate Control and Duties of Controlling Shareholders, 125 U.Pa.L.Rev.1023 (1976); Hill, Sale of Controlling Shares, 70 Harv. L.Rev. 986 (1957); Jennings, Trading in Corporate Control, 44 Cal.L.Rev. 1 (1965); Leech, Transactions in Corporate Control, 104 U.Pa.L.Rev. 725 (1956); Wiedemann, Minderheitenschutz u. Aktienhandel, S. 37 ff; v. Falkenhausen, Minderheitenschutz u. Aktienhandel, Die AG 1972, 278 ff.

stelle des Buchwertes von 12 Dollar und steckte den Gewinn in die eigene Tasche, ohne die Minderheitsgesellschafter daran Anteil nehmen zu lassen. Anlässlich einer Klage der Minderheit überprüfte das Gericht u.a. die Stellung von Feldmann als Mehrheitsgesellschafter. Es stellte fest, daß sich Feldmann in seiner Handlungsweise auch die Kompetenzen des Direktoriums angeeignet habe und daher wie dieses Gesellschaftsorgan für eine gerechte Verteilung der Gewinne zu sorgen gehabt hätte.

4. Die Abkehr von der Lehre von der unbedingten Treuepflicht

Obwohl eine ganze Reihe allerdings meist älterer Gerichtsentscheidungen einen entgegenstehenden Standpunkt einnehmen ¹⁾, ist heute vorherrschende Ansicht, daß dem Mehrheitsgesellschafter nicht automatisch als Kehrseite seines Machteinflusses eine Treuepflicht obliegt ²⁾. Anders als dem Direktorium ist ihm eine vertragliche Verpflichtung zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte nicht übertragen worden. Daher sollte ihm auch nicht generell die Bürde auferlegt werden, seine Handlungen stets an den Schranken der Treuepflicht messen zu müssen.

-
- 1) Everett v. Philips, 288 N.Y. 227, 43 N.E. 2d 18 (1942): "The power to control affairs of a corporation carries with it a duty or trust to exercise that power faithfully to promote the corporate interests, and courts will insist upon scrupulous performance of that duty"; Mayflower Hotel Stockholders, Protective Committee v. Mayflower Hotel Corporation, 173 F. 2d (D.C. 1949): "A majority has a right to control, but where it does so, it occupies a fiduciary relation towards the minority as much so as to the corporation"; Farmer's Loan and Trust Company v. New York & Northham Ry. Co., 44 N.E. 1043 (1896).
- 2) Comment, The Fiduciary Relation of the Dominant Shareholder to the Minority Shareholders, 9 Hastings Law J. 306, 307 (1958); Note, Fiduciary Duties of Majority or Controlling Stockholders, 44 Iowa L.Rev. 734 (1959); Cleary v. Higley, 277 N.Y. Supp. 63 (N.Y. 1934).

In den berühmten leading cases Southern Pacific Co. v. Bogert ¹⁾, Pepper v. Litton ²⁾ und Wheeler v. Abilene ³⁾ sprach sich der U.S. Supreme Court noch für eine unbedingte Treuepflicht aus. Den Sachverhalten dieser Entscheidungen ist aber zu entnehmen, daß der Supreme Court über schwerwiegende Formen gesellschaftlichen Fehlverhaltens zu urteilen hatte und keinesfalls nur abstrakte Grundsätze aufstellen wollte. In B o g e r t nahm der Mehrheitsgesellschaftler infolge einer gesellschaftlichen Umstrukturierung die Gesellschaftserlöse für sich in Beschlag und bezahlte für die neuausgegebenen Aktien im Rahmen einer Umtauschaktion 26 Dollar, während von den Minderheitsgesellschaftlern 71 Dollar verlangt wurden. In P e p p e r beschwerte sich der Minderheitsgesellschaftler über ungerechtfertigt hohe Geld- und Gehaltszahlungen an den kontrollierenden Mehrheitsaktionär und über betrügerische Manipulationen und Vermögensverschiebungen zur Umgehung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Auch in Wheeler v. Abilene überschritt der Mehrheitsgesellschaftler die Grenzen des Erlaubten, als er Gesellschaftseigentum erwarb zu einem Preis, der zwar einem realen Marktpreis entsprach, aber nur 5/7 desjenigen Betrages darstellte, den ein Minderheitsgesellschaftler zu zahlen bereit war. Das Gericht hielt den Mehrheitsgesellschaftler für verpflichtet, im Interesse der Erhaltung und Vermehrung des Gesellschaftsvermögens für den bestmöglichen Verkaufspreis zu sorgen.

Diese zu entscheidenden Sachverhalte erlauben den Schluß, daß die Supreme Court Entscheidungen keineswegs so abstrakt gemeint waren, wie sie viel-

1) 250 U.S. 483 (Sup.Ct. 1919).

2) 308 U.S. 295 (Sup.Ct. 1939).

3) 159 Fed. 391 (8th Cir. 1908).

leicht verbal klingen mögen, sondern eingebettet in die konkreten Fallsituationen zu betrachten sind.

a) Die Special Facts Theory

Trotz der erwähnten Rechtsprechung scheinen die amerikanischen Gerichte in der Mehrzahl der unterschiedenen Fälle nunmehr dahin zu tendieren, unter Abkehr von dem Dogma einer unbedingten Treuepflicht der kontrollierenden Mehrheit eine solche Verpflichtung nur noch anzunehmen bei Vorliegen ganz bestimmter Umstände ¹⁾ (special facts doctrine). Die Gerichte begründen diesen Umstand damit, daß die kontrollierenden Mehrheitsgesellschafter im Gegensatz zu Direktorium und Verwaltung als den klassischen gesellschaftsrechtlichen Treuhändern nicht als Institution mit der Wahrnehmung der Geschäftsführung beauftragt worden sind ²⁾.

Solche besonderen Umstände des Einzelfalls, die einen Rückgriff auf die Regeln des Treuerechts erforderlich machen, bestehen z.B. in Fällen, in denen beim Verkauf von Gesellschaftsvermögen oder anderen vermögens- oder aktienrechtlichen Transaktionen die handelnden Parteien bestimmte Detailinformationen einseitig zu ihren Gunsten und damit zum Schaden der Minderheit verwenden (insider trading) ³⁾ oder in

-
- 1) Hazen, Transfers of Corporate Control and Duties of Controlling Shareholders, 125 U.Pa.L.Rev. 1023, 1030 (1976).
 - 2) Inshuranshares, Corporation of Delaware v. Northern Fiscal Corp., 35 F.Supp. 22 (E.D.Pa. 1940).
 - 3) Strong v. Repide, 213 U.S. 419, 29 S.Ct. 521, 53 L.Ed. 853 (1909); Hobart v. Hobart Estate Co., 26 Cal. 2d 371, 159 P. 2d 958 (1945); Taylor v. Wright, 69 Cal.App. 2d 371, 154 P. 2d 980 (1945); Low v. Wheeler, 207 Cal.App. 2d 477, 24 Cal.Rptr. 538 (1962); Notes, 51 Calif.L.Rev. 626 (1963); Note, The Fiduciary Relation of the Dominant Shareholder to the Minority Shareholder, 9 Hastings L.J. 306 (1958); Scriggins, Brown v. Halbert-Developments in State Corporation Law 1969, The Bus.Law. 1970, 1691, 1694.

der Annahme von sog. Paketzuschlägen beim Verkauf von Gesellschaftsanteilen ¹⁾. Die special facts doctrine geht somit einen Mittelweg zwischen der absoluten Mehrheitsherrschaft (majority rule) und der trust fund theory ²⁾. Sie ist nach der Entscheidung Strong v. Repide nunmehr vorherrschende Rechtsauffassung geworden ³⁾.

Der Großaktionär wird nur dann zum Treuepflichtigen gegenüber seinen Mitaktionären, wenn er sich die Machtbefugnisse des Direktoriums aneignet und Entscheidungen trifft oder Transaktionen vornimmt, die schädigenden Einfluß auf die Minderheitsinteressen haben und deren Wert bzw. Fungibilität beeinflussen können. Bei derartigen Dispositionen muß er stets auch auf die Anlegerinteressen der Minderheit Rücksicht nehmen. Eine solche Situation tritt immer dann ein, wenn die Entscheidungen ohne Beteiligung der Minderheit über deren Köpfe hinweg getroffen werden. Verhält der Mehrheitsgesellschafter sich passiv und mischt er sich nicht in die Geschäftsführung der dafür zuständigen Direktoren ein, unterliegt er bei der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte keinen Beschränkungen.

Der Mehrheitsgesellschafter soll sein Handeln auf das Wohl der Gesellschaft insgesamt ausrichten ⁴⁾ und nicht allein bestimmte Eigeninteressen zu Lasten der Minderheit verfolgen. Bayne ⁵⁾ hat diese Pflichtenstellung in drei Komponenten zusammengefaßt:

-
- 1) Vgl. dazu Wiedemann, Minderheitenschutz und Aktienhandel.
 - 2) Wiedemann, aaO, S. 30.
 - 3) Hobart v. Hobart Estate Co., 26 Cal. 2d 412, 433, 159 P. 2d 958, 969-970 (1945); Note, Fiduciary Duty to Minority Stockholders, 59 Calif. L. Rev. 167, 172 (1971).
 - 4) Stevens, On Corporations, § 67, S. 126; Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, (Sup. Ct. 1939).
 - 5) Bayne, A legitimate Transfer of Control: The Weyenberg Shoe-Florsheim Case Study, 18 Stanford L. Rev. 438 (1966).

- 1) Errichtung der bestmöglichen Gesellschaftsstruktur,
- 2) Sorge für die bestmögliche und umsichtige Gesellschaftspolitik,
- 3) Einstellung des befähigsten Personals.

Der Rückgriff auf das Verpflichtungsmodell aus der Treuepflicht erfolgt immer nur bei Vorliegen bestimmter Umstände, die sich am einfachsten mit dem Bestehen eines Interessenkonfliktes umschreiben lassen. Ein solcher Konflikt zwischen Eigeninteresse und Gesellschaftsinteresse wird immer dann vermutet, wenn der Großaktionär ebenso wie z.B. ein Direktor Geschäfte mit der Gesellschaft betreiben will. In dieser Situation ist Wachsamkeit geboten und solche Geschäfte werden von amerikanischen Gerichten mit Argusaugen betrachtet.

Letztlich erscheint die Frage, ob eine Treuepflicht allein infolge Besitzes einer Kontrollmehrheit besteht oder ob erst noch besondere Umstände hinzutreten müssen, von wenig praktischer Bedeutung. Eine gerichtliche Festlegung auf bestimmte Verhaltensweisen erfolgt immer nur dann, wenn ein Fehlverhalten des Treuepflichtigen gerügt wird.

5. Die Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern einer Close Corporation

Die amerikanischen Gerichte haben bereits sehr früh im Bereich der großen public issue corporation Treuebindungen der Aktionäre untereinander betont. Prinzipiell ist im Recht der close corporation das gleiche Pflichtenmodell anwendbar, jedoch wird in jüngster Zeit ein gradueller Unterschied anerkannt. Ebenso wie im deutschen GmbH-Konzernrecht verdichten sich die Verpflichtungen aus einer Treuepflicht

innerhalb einer bezüglich der Anzahl der Gesellschafter überschaubaren close corporation. Wenn eine Gesellschaft nur eine geringe Anzahl von Gesellschaftern besitzt, die einander persönlich bekannt sind und größtenteils gemeinsam in der Geschäftsführung mitarbeiten, muß an die Verhaltensweise der Gesellschafter gegenüber den übrigen Mitgesellschaftern ein strengerer Maßstab angelegt werden als bei den durch eine weite Streuung des Anteilsbesitzes gekennzeichneten Publikumsgesellschaften ¹⁾. Für die Gesellschafter einer close corporation sind die Handlungsge- und -verbote, die aus der Beachtung der Treuepflicht folgen können, daher enger und schärfer zu fassen als im Recht der großen Aktiengesellschaft ²⁾. Da die close corporation in Struktur, Größe und Stellung der Gesellschafter zueinander in vielem den Personalgesellschaften (partnerships and joint ventures) gleicht, sind die gegenseitig bestehenden Pflichten der close corporation-Gesellschafter untereinander weitgehend den strengeren Maßstäben angelehnt, wie sie für die Mitgesellschafter in einer Personalgesellschaft bestehen ³⁾. Eine solche Verschärfung der allgemeinen

-
- 1) Brudney and Chirelstein, Fair Shares in Corporate Mergers and Takeovers, 88 Harv.L.Rev. 297, 325 (1974); Note, Corporate Opportunity in the Close Corporation—A Different Result?, 56 Geo.L.J. 381 (1967); Donahue v. Rodd Electrotape Company of New England, Inc., 328 N.E.2d 505, 516 (Mass. 1974).
 - 2) Samia v. Central Oil Co., 158 N.E. 2d 469, 476 (Mass. 1959); Helms v. Duckworth, 249 F. 2d 482 (D. C. Cir. 1957); Ribakove v. Rich., 13 Misc.2d 98, 173 N.Y.S. 2d 306 (Sup. Ct. 1958).
 - 3) Donahue v. Rodd Electrotape, aaO, S. 506; Helms v. Duckworth, aaO, S. 487; Conway, The New York Fiduciary Concept in Incorporated Partnerships and Joint Ventures, 30 Fordham L.Rev. 297, 303 (1967); Note, Close Corporations—Rights and Duties of Shareholders, 61 Cornell L.Rev. 986, 997, 1017 (1976).

Treuepflichten ist insbesondere dann angebracht, wenn die Einzelgesellschaft überwiegend den Charakter einer Familiengesellschaft besitzt ¹⁾.

6. Der Begriff der Treuepflicht - Versuch einer Eingrenzung

Schwierigkeiten bereitet eine exakte Definition und Einschränkung des Begriffs der Treuepflicht. In der amerikanischen Rechtsprechung und Lehre ²⁾ ist man sich der immensen Schwierigkeit, wenn nicht gar Unmöglichkeit, dieser Aufgabe durchaus bewußt. Bezogen auf das Direktorium oder den kontrollierenden Gesellschafter läßt sich die Treuepflicht generell umschreiben als das Verbot, sachfremde persönliche und geschäftliche Interessen oder gar Interessen gesellschaftsfremder Dritter über das Wohl der Gesellschaft und der anderen Gesellschafter zu stellen. Der Treuepflichtige hat sich bei allen größeren geschäftlichen Transaktionen stets vor Augen zu halten, daß er auf Bestand, Schutz und Vermehrung des Gesellschaftsvermögens verpflichtet ist. Ein finanzieller Gewinn zu Lasten der Gesellschaft ist nicht erlaubt. Nur wenn er diesen vorgegebenen Rahmen aus sachfremden Erwägungen sprengt, werden die Gerichte bei der Suche nach eventuellen Verantwortlichkeiten auf das Rechtsgebilde der fiduciary duty zurückgreifen. Der gerichtliche Hinweis auf die Verletzung einer Treuepflicht deutet stets auf das Bestehen eines Interessenkonfliktes hin. Der amerikanische Supreme Court umschrieb dies bezüglich des Verhaltens eines Gesellschaftsdirektors in

1) Vgl. die Dissenting Opinion von Judge Fuld in *Kruger v. Gerth*, 263 N.Y.S. 2d 1 (1965).

2) Gibson, *How fixed are Class Shareholders Rights?*, 23 Law and Contemp Prob. 296 (1958).

Litwin v. Allen ¹⁾ folgendermaßen:

"Jedes gegensätzliche Interesse eines Direktors wird einer scharfen und kompromißlosen Prüfung unterzogen".

In Pepper v. Litton ²⁾ führte der Supreme Court aus:

"He who is in such a fiduciary position cannot serve himself first and his cestuis second. ... He cannot use his power for his personal advantage and to the detriment of stockholders and creditors no matter how absolute in terms that power may be and no matter how meticulous he is to satisfy technical requirements".

Die wichtigsten Fallgruppen, in denen die Nichtbeachtung der Treuepflicht eine gerichtliche Anspruchsgrundlage gewährt, sind folgende, in ihrem Konfliktgehalt auch auf das Verhältnis Mehrheits-/Minderheitsgesellschafter oder Mutter-/Tochtergesellschaft zutreffende Fallkonstellationen:

- a) Wettbewerb mit der Gesellschaft,
- b) Mißbrauch gesellschaftlicher Möglichkeiten für eigene Zwecke (corporate opportunities),
- c) Verfolgung von Eigeninteressen zu Lasten der Gesellschaft,
- d) Börsenhandel unter Ausnutzung intimer Insider-Kenntnisse ³⁾,
- e) Unterdrückung von Minderheiteninteressen,
- f) Verkauf der Mehrheitsanteile ⁴⁾.

Der amerikanischen Rechtsauffassung entspricht es, auf allzu festgeschriebene und starre Rechtsregeln zu verzichten. Die treuhänderischen Sorgfaltspflichten werden vielmehr in jeder Konfliktsituation neu gefaßt, jeweils in variierender Schärfe ⁵⁾.

1) Litwin v. Allen, 25 N.Y.S.2d 667-678, (Sup.Ct. 1940).

2) Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 311 (Sup.Ct. 1939).

3) Vgl. dazu den berühmten Fall Zahn v. Transamerica Corporation, 102 F. 2d 36 (3rd Cir. 1947).

4) Henn, § 241, S. 478.

5) Scott, The Trustee's Duty of Loyalty, 49 Harv.L. Rev. 521 (1936).

Stets soll die individuelle Lösung gerade des Einzelfalls im Vordergrund juristischen Bemühens stehen. So ist gewährleistet, was nach amerikanischer Rechtsauffassung in hohem Maße gerade auch für das Gesellschaftsrecht unentbehrlich ist: Flexibilität. Flexibilität heißt auch die Grundbedingung dafür, daß sich die Rechtsregeln an neue und bisher ungewohnte Entwicklungen fast mühelos anpassen lassen.

Der Begriff der fiduciary duty ist angelegt als unbestimmter Rechtsbegriff. Konturen kann er stets nur am jeweiligen Einzelfall bekommen. Nach Abwägung aller Umstände lassen sich dann aus ihm die konkreten Pflichten herleiten, die zu beachten sind. Für eine rein willkürliche Anwendung ist trotzdem kein Raum, wenn man sich stets die zwei Grundprinzipien verdeutlicht:

- 1) Vermeidung oder saubere Auflösung von Interessenkonflikten.
- 2) Die alles überragende Verpflichtung, für das Wohl der Gesellschaft und der kapitalgebenden Gesellschafter zu sorgen.

Wem diese zunächst wenig scharfe Abgrenzung als zu verschwommen und eventuell rechtsstaatlich bedenklich erscheint, mag daran denken, daß auch das deutsche Recht auf derartige Klauseln angewiesen ist. Zu erinnern sei etwa an das Gebot des Handelns nach den Prinzipien von Treu und Glauben (§ 242 BGB), ohne das trotz aller gebotenen Vorsicht und Einschränkung Rechtsfortbildung und Einzelfalllösung z.T. nicht auszukommen vermögen, oder an die Grundsätze über den Handelsbrauch oder die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

Die Feststellung, daß ein Direktor oder Mehrheitsgesellschafter verpflichtet ist, die **Treuepflichten**

~~gegenüber seiner Gesellschaft zu beachten~~, ist nicht das Ende, sondern erst der Beginn einer umfassenden rechtlichen und gegebenenfalls auch gerichtlichen Prüfung. Die Erwähnung einer Treuepflicht deutet nur das Bestehen bestimmter, auf den Einzelfall bezogener Verpflichtungen sowie bestimmter Sanktionen zu deren Durchsetzung an.

Der Begriff der Treuepflicht ist abstrakt nicht in allen Einzelheiten und Feinheiten genau zu definieren und kann von Fall zu Fall in Details variieren ¹⁾.

Justice Frankfurter faßte diesen Umstand in dem Fall *Securities and Exchange Commission v. Chenery* in die berühmten Worte:

"...But to say that a man is a fiduciary only begins analysis; it gives direction to further inquiry. To whom is he a fiduciary? In what respect has he failed to discharge these obligations? And what are the consequences of his deviation from duty?"²⁾.

Die Grenze der fiduciary duty zu bestimmen ist nach wie vor Aufgabe der Rechtsprechung. Einen ersten Ansatz hierzu machte Judge Cardozo in dem leading case *Meinhard v. Salmon*. Dieser Fall betraf zwar die Situation in einer joint venture, gilt aber nach allgemeiner Meinung ³⁾ auch für das Recht der close corporation:

"Joint adventurers, like copartners owe to one another, while the enterprise continues, the duty of finest loyalty. Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden for those bound by fiduciary ties. A trustee is held to somewhat stricter than the morals of the market-place. Not honesty alone but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behaviour. ... Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by

1) *Western Pac.R.R.Corp.v.Western Pac.R.Co.*, 197 F.2d 994 (9th Cir.1952).

2) *Securities and Exchange Commission v.Chenery Corp.* 318 U.S.80, 85-86, (Sup.Ct.1943).

3) *Conway, The New York Fiduciary Concept in Incorporated Partnerships and Joint Ventures*, 30 *Fordham L.Rev.* 297, 303 (1961).

the disintegrating erosion of particular exceptions. ... Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgment of this court" ¹⁾.

Trotz der immensen Schwierigkeiten und Kontroversen über Auslegungsfragen hat sich die Lehre von der fiduciary duty insgesamt im amerikanischen Gesellschaftsrecht durchgesetzt. Unter der Vielzahl des einschlägigen Fallmaterials ist lediglich eine einzige ablehnende Entscheidung bekanntgeworden. In Geller v. Transamerica führte der berichterstattende Judge Leahy aus:

"The doctrine of the fiduciary duty is one of the most confused and entangled subjects of corporation law" ²⁾ und lehnte diese Lehre dann wegen ihrer Unübersichtlichkeit und Ungenauigkeit ab.

IV. Die Treuepflichten im Konzernzusammenhang

1. Das Verhältnis Parent - Subsidiary Corporation

Konzernrechtliche Konflikte spielen sich in den USA in dem Verhältnis Mutter-/Tochtergesellschaft (parent subsidiary relationship) ab. Ein derartiges konzernmäßiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, wenn eine Gesellschaft einen Mehrheitsanteil an einer anderen besitzt ³⁾. Da in den Beziehungen Mutter-/Tochtergesellschaft stets die Gefahr von Interessenkonflikten gegeben ist, wird auch dieses Verhältnis von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht überlagert, die die Muttergesellschaft als

1) Meinhard v. Salmon, 249 N.Y. 458, 463, 467, 164 N.Y. 545, 546 (1928).

2) Geller v. Transamerica, 53 F. Supp. 625, 629 (Del. 1943).

3) Notes, The Fiduciary Duty of Parent to Subsidiary Corporation, 57 Va.L.Rev. 1223 (1971).

wirtschaftlich stärkerer und die Gesellschaftspolitik bestimmender Teil der Tochtergesellschaft sowie deren außenstehenden Gesellschaftern schuldet¹⁾.

Bei den anwendbaren Treueregeln handelt es sich nicht um spezielle, auf das Verhältnis Mutter-/Tochtergesellschaft zugeschnittene Regeln, vielmehr gelten in weiterer Ausdehnung diejenigen Grundsätze, die das Verhalten der Mehrheits- zu den Minderheitsgesellschaftern sowie des Direktoriums zur eigenen Gesellschaft bei Auftreten gesellschaftsrechtlicher Konflikte beschreiben²⁾. Amerikanische Gerichte sehen weder einen größeren praktischen noch rechtlichen Unterschied darin, rechtssystematisch zu unterscheiden, ob bei bestimmten Transaktionen oder Verhaltensweisen der gesellschaftlichen Entscheidungsträger, bei denen von einer Gesellschaftsmindertheit die Verletzung einer Treupflicht gerügt wird, Beklagte die Gesellschaftermehrheit, die Muttergesellschaft oder das zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte ursprünglich eingesetzte und verantwortliche Direktorium ist³⁾. Dies wird mit dem Umstand

1) Consolidated Deep Rock Products v. Du Bois, 312 U.S. 510, 61 S.Ct. 675, 85 L.Ed. 982 (1941); Western Pac.R.R. Corp. v. Western Pac.R.Co., 197 F.2d 994, 995 (9th Cir. 1951); Speed v. Transamerica Corporation, 99 F.Supp. 808 (U.S.Distr.Ct. Delaware 1951); Meyerson v. El Paso Natural Gas Company, 246 A.2d 789 (Del.Ch. 1967); Maxwell v. Northwest Industries, Inc., 339 N.Y.S.347 (1972); Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 255 A.2d 717 (1969); Notes, 57 Va.L.Rev. 1235 (1971); Note, Corporations, Consolidated Income Tax Returns, 49 Cornell L.Q. 520, 522 (1964).

2) Note, Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent-Subsidiary Relations, 74 Yale L.J. (1964); Notes, California Expands Majority Shareholders Fiduciary Duty to Minority Shareholders, 24 Southwestern L.J. 527 (1970).

3) Note, Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent-Subsidiary Relations, 74 Yale L.J. 338, 339 (1964); in diese Richtung gehen bereits die frühen Konzernrechtsfälle Farmers Loan & Trust Co. v. New York & Northern Ry Co., 150 N.Y. 410, 431, 44 N.E. 1043, 1049 (1896) u. Southern Pacific Co. v. Bogert, 250 U.S. 483, 487-488 (1919); O'Neal, Close Corporations, § 8.07 S.45; für New York: Kavanaugh v. Kavanaugh Knitting Co., 226 NY 185, 123 N.E. 148, 151-157 (1919); ebenso Allied Chemical & Dye Corp. v. Steel & Tube Co., 14 Del.Ch. 1, 12-13, 120 Atl. 486, 491 (1923); Note, The Fiduciary Duties of Majority Shareholders Expanded: Jones v. H.F. Ahmanson Co., 59 Geo.L.J. 209, 211 (1970).

begründet, daß in Konzernrechtskonflikten die Muttergesellschaft kraft des Mehrheitsbesitzes an den Gesellschaftsanteilen sich die Funktionen und Machtbefugnisse des Direktoriums angeeignet hat und sich daher auch den gleichen Regeln unterwerfen muß.

a) Die Freeze-Out Techniken

Die bedeutendste Fallgruppe konzerninterner Konflikte betrifft die sog. 'Freeze-Out' oder 'Squeeze-Out' Techniken. Hierbei handelt es sich um den manipulativen Gebrauch korporativer Kontrolle oder bestimmter Insider-Informationen mit dem vorrangigen Ziel, für die Absichten der Mehrheit störende und unangenehme Gesellschafter aus der Gesellschaft zu entfernen, zu einem Verlassen der Gesellschaft zu veranlassen oder aber deren Gesellschaftsrechte auf ein Minimum zurückzudrängen ¹⁾. Beliebte Methoden hierzu sind neben gewissen Fusionsarten ²⁾ die Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile, der Verkauf von Gesellschaftsvermögen, eine gesellschaftliche Umorganisation oder Auflösung der Ursprungsgesellschaft bei gleichzeitiger alleiniger Fortführung der Gesellschaftsgeschäfte durch die Obergesellschaft, das Zurückhalten von fälligen Dividendenzahlungen, Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch Zahlung überhöhter Gehälter an die eigenen Gesellschaftsdirektoren, überhöhte Leasingkosten für von der Muttergesellschaft überlassenes Eigentum oder übermäßigen Zahlungsverpflichtungen aus zwischen den ungleichen

1) Note, Freezing out Minority Shareholders, 74 Harvard L.Rev. 1630 (1961).

2) Brudney-Chirelstein, A Restatement of Corporate Freeze-Outs, 87 Yale L.J. 1354 (1977); ein interessantes Beispiel hierfür bietet der Fall *Matteson v. Ziebarth*, 40 Wash. 2d 286, 242 P. 2d 1025 (1952).

Partnern abgeschlossenen Verträgen ¹⁾. Hauptsächlich werden solche Praktiken bei den kleineren close corporations angewendet ²⁾, weil hier gesellschaftliche Minderheiten, die u.U. im Besitz von Sperrminoritäten sind, sich infolge des engen persönlichen Kontaktes der Gesellschafter untereinander störender auswirken können als in den großen public issue corporations.

2. Die Fairness Tests

Konzerninterne Rechtsgeschäfte zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften werden von den amerikanischen Gerichten im Streitfall darauf untersucht, ob sie zu angemessenen Bedingungen für beide Vertragspartner erfolgt sind. Diese Überprüfung erfolgte früher unter Zugrundelegung des Begriffs der Bösgläubigkeit des Handelnden (bad faith) ³⁾. Heute werden überwiegend die sog. "fairness tests" angewandt, die ursprünglich dazu entwickelt worden waren, die Angemessenheit von Verträgen und das Handeln der Direktoren bei Rechtsgeschäften mit der eigenen Gesellschaft zu überprüfen ⁴⁾. Wegen der ähnlich gelagerten Grundproblematik werden diese fairness tests auch im konzernrechtlichen Kontext ⁵⁾ verwendet.

-
- 1) Mardel Securities, Inc., v. Alexandria Gazette Corp., 320 F.2d 890 (4th Cir. 1963); Mc. Donnell v. Bell Container Corp., 310 F.2d 880 (2nd Cir. 1962); Hill v. Bellevue Gardens, Inc., 190 F.Supp. 760 (1960).
 - 2) O'Neal, Close Corporations, § 8.07, S. 105; Donahue v. Rodd Electrotype Company of New England, Inc., 328 N.E. 2d 505 (Supreme Court of Massachusetts 1975).
 - 3) Lebold v. Inland Steel Co., 125 F.2d 369 (7th Cir. 1941); Kavanaugh v. Kavanaugh Knitting Co., 226 N.Y. 185, 123; N.E. 148 (1919); Ribakove v. Rich, 13 Misc.2d 98, 173; N.Y.S.2d 770 (Sup.Ct. 1958); Lebold v. Inland Steamship, 82 F.2d 351 (7th Cir. 1936).
 - 4) Immenga, S. 150ff; Notes, The Fairness Test of Corporate Contracts with Interested Directors, 61 Harv. L.Rev. 335 (1948).
 - 5) O'Neal, Close Corporations, § 8.07, S. 45; Kavanaugh v. Kavanaugh Knitting Co., aaO.

Deshalb sprechen amerikanische Gerichte oft auch nicht von den Pflichten des Direktors oder der Muttergesellschaft, sondern generell von den Treuepflichten des gesellschaftsrechtlichen Treuhänders (fiduciary) ¹⁾.

a) Dealing at Arm's Length - Der Unabhängigkeitstest

Die entscheidende Frage zur Beurteilung der Angemessenheit konzerninterner Rechtsgeschäfte lautet für den "Unabhängigkeitstest" ²⁾:

"Hätte ein unabhängiger gesellschaftsrechtlicher Treuhänder bei einem frei und unabhängig ausgehandelten Vertrag seine Gesellschaft zu denselben Bedingungen gebunden?" ³⁾. Der in Frage stehende Vertrag bzw. die beanstandete Transaktion muß, wie es der U.S. Supreme Court in der berühmten Entscheidung Pepper v. Litton ⁴⁾ formuliert hat, "earmarks of an arm's length bargain" aufweisen.

Das konzerninterne Rechtsgeschäft kann einer gerichtlichen Überprüfung nur standhalten, wenn es unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des betreffenden Einzelfalles zwischen zwei unverbundenen Gesellschaften zu denselben oder ähnlichen Bedingungen abgeschlossen worden wäre ⁵⁾. Zum Maßstab wird dabei eine gedachte, hypothetische Betrachtungsweise, die das in Frage stehende Rechtsgeschäft

1) Henn, § 238, S. 467; Brudney, Fiduciary Ideology in Transactions Affecting Corporate Control, 65 Mich. L. Rev. 259 (1967).

2) Übersetzung nach Wälde, Die AG 1974, 370.

3) Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 306, 307 (1939): "Would an independent corporate fiduciary in an arm's length bargain bind his corporation to such a transaction?"

4) Pepper, v. Litton, aaO.

5) Notes, The Fiduciary Duty of Parent to Subsidiary Corporation, 57 Va. L. Rev. 1233, 1236 (1971); angewandt wurde dieser Test u.a. in Geddes v. Anaconda Copper Mining Co., 254 U.S. 590, 599, 41 Sup. Ct. 209 (1920).

völlig aus dem Konzernzusammenhang herauslösen und isoliert betrachtet wissen will. Die Beweislast für die Behauptung, die angegriffene Maßnahme sei fair gewesen, trifft in Umkehrung der normalen Beweislage die beklagte Gesellschaft ¹⁾, weil die wichtigsten Detailinformationen zur Rechtfertigung der Konzerngeschäfte ohnehin bei der handelnden Muttergesellschaft anzutreffen seien.

Der arm's length test steht in dem Geruch, zwar oft angewendet worden zu sein, aber nur selten zu wirklich befriedigenden Ergebnissen geführt zu haben ²⁾. Welche Handlungen unter diesem Test noch als fair anzusehen sind, kann letztlich nur im Einzelfall entschieden werden. Das Gericht muß unter den Fakten des speziellen Falles diejenigen Tatsachen auswählen und gegeneinander abwägen, die für den Nachweis von Fairness oder Unfairness erheblich sind.

Schwierigkeiten bereitet vor allem bei close corporations, deren Gesellschaftsanteile nicht über die Börse zu Marktpreisen gehandelt werden, die vermögensmäßige Bewertung einzelner Transaktionen ³⁾. Oft dürfte es kaum möglich sein, eine einzelne Transaktion aus dem Konzernzusammenhang herauszunehmen und diese dann isoliert und noch dazu an einem hypothetischen Maßstab bewerten zu wollen ⁴⁾. Manche Geschäfte, bei denen die Obergesellschaft mehr oder

1) Notes, 57 Va.L.Rev. 1236 (1971).

2) Wälde, Die AG 1974, 370.

3) Note, Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent-Subsidiary Relations, 74 Yale L.J. 346 (1964).

4) Note, 74 Yale L.J. 346 (1964); Austrian v. Williams, 103 F. Supp. 64, 75 (S.D.N.Y. 1952): "In the context of domination or control there can be no arm's length bargaining".

weniger praktisch auf beiden Vertragsseiten steht, sind in der gewählten Form gegenüber dritten, unabhängigen Gesellschaften nicht denkbar ¹⁾.

Dies alles sind Schwierigkeiten und Kritikansätze, die aus der deutschen Konzernrechtsdiskussion nur allzu gut bekannt sind, denkt man an die vergleichbare und heftig umstrittene Vor- und Nachteilsberechnung der §§ 311 ff AktG, deren Übernahme in ein GmbH-Konzernrecht fast einhellig vom Schrifttum verworfen wurde.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die bei Durchführung des Unabhängigkeitstests zu beachtende Umkehr der Beweislast. Trotz der guten Absicht, einen wirklichen Minderheitenschutz zu gewährleisten, kann es andererseits zu einer erheblichen Benachteiligung der Rechtsposition der herrschenden Gesellschaft führen, wenn alle Schwierigkeiten der prozessualen Beweisführung für den Nachweis der Fairness ihr aufgebürdet werden ²⁾. Aus den vorgenannten Gründen ist daher zumindest in einem Einzelstaat, nämlich dem für die Entwicklung des Gesellschaftsrechts äußerst bedeutenden und führenden Staat Delaware ³⁾, der Unabhängigkeitstest aufgegeben worden.

b) Der Betrugstest

Ebenfalls dem Vertragsrecht entlehnt ist der Betrugstest (fraud test). Nach diesem Test sind konzerninterne Rechtsgeschäfte unfair und damit gerichtlich für ungültig zu erklären, wenn sie infol-

1) Dies wird deutlich vor allem im Zusammenhang mit der Problematik der Consolidated Income Tax Returns.

2) Note, 74 Yale L.J. 383, 384 (1964).

3) So in *Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co.*, 267 A. 2d 883, 886-87 (Del.1970); *Levien v. Sinclair Oil Corp.* 261 A. 2d, 911, 916 (Del.Ch. 1969); *Meyerson v. El Paso Natural Gas Co.*, 246 A. 2d 789, 794 (Del. Ch. 1967).

betrügerischer Manipulationen seitens des fiduciary zustande gekommen sind ¹⁾. Das Abstellen auf ein dem strafrechtlichen Betrug verwandtes Verhalten erwies sich jedoch zur Lösung konzernrechtlicher Konflikte als wenig hilfreich. Entsprechend dem im common law-System üblichen Betrugsbegriff setzt ein betrügerisches Verhalten u.a. den Nachweis voraus, daß der Geschädigte sich infolge einer Täuschungshandlung auf irreführende Mitteilungen oder Handlungsweisen verlassen und dadurch einen Schaden erlitten hat. Eine vorsätzliche Täuschungshandlung im strafrechtlichen Sinne dürfte aber einer Konzernobergesellschaft nur schwer nachzuweisen sein ²⁾.

c) Der Constructive Fraud Test

Um diesen Schwierigkeiten zu entgehen, haben verschiedene Gerichte mit einem hypothetischen Betrugsbegriff gearbeitet (constructive fraud) ³⁾. Während der fraud test noch eine Täuschungshandlung, also Bösgläubigkeit (bad faith), sowie einen Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Schadenseintritt voraussetzt, ist der hypothetische Schadensbegriff bereits dann erfüllt, wenn die Obergesellschaft zwar in gutem Glauben und ohne Schädigungsabsicht handelt, sie sich aber durch ihr Handeln in einen Interessenkonflikt zwischen ihrer Treuepflicht und den eigenen privaten Interessen gebracht und in die-

1) Dunnett v. Arn, 71 F. 2d 912(10th Cir.1934); Roby v. Dunnett, 88 F. 2d 68(10th Cir.1937); cert.den. 301 U.S.706 (1937); Cleary v. Higley, 277 N.Y.Supp. 63,65 (Sup.Ct.N.Y.1934); Everett v. Phillips, 288 N.Y. 227, 43 N.E. 2d 18.

2) Note, 74 Yale L.J. 338, 341 (1964).

3) Hyams v. Calumet & Hella Mining Co., 221 F.2d 36 (6th Cir. 1915); Zahn v. Transamerika Corp., 162 F. 2d 36 (3rd Cir.1947); Seagrave Corp.v.Mount, 212 F. 2d 389 (6th Cir. 1954).

ser Situation den Eigeninteressen den Vorzug gegeben hat ¹⁾. Constructive fraud bedeutet somit bereits nichts anderes als die Verletzung von Treuepflichten bei Bestehen eines Interessenkonfliktes.

Damit wird der ursprüngliche Betrugsbegriff aufgegeben. Eine begriffliche Gemeinsamkeit liegt lediglich noch darin, daß "durch ein bestimmtes Verhalten Verpflichtungen zum Ausgleich eingetretener Schäden oder Nachteile entstehen" ²⁾. Der Nachweis der Fairness der inkriminierten Handlungsweise obliegt in Umkehrung der Beweislast wiederum der beklagten Obergesellschaft. Bei diesem Fairness-Test wird die Rechtsstellung des Beklagten infolge des eingeschränkten Betrugsbegriffs erheblich beeinträchtigt, da zugleich auch die Beweislast umgekehrt wird.

Tatsächlich ist auch in fast allen Fällen, in denen dieser Test angewendet wurde, zugunsten der Kläger entschieden worden ³⁾. Der Kläger muß lediglich einen Interessenkonflikt, der notwendigerweise fast jedem Handeln der Obergesellschaft innewohnt, darlegen und behaupten, daß dieser Konflikt zu seinen Lasten entschieden wurde. Da der constructive fraud test den Gedanken des Schutzes der abhängigen Gesellschaft überbetont zum Nachteil der Obergesellschaft, der ein Handeln im eigenen Interesse nicht grundsätzlich in jedem Fall negativ ausgelegt werden darf, ist er ungeeignet ⁴⁾, konzerninterne Streitigkeiten wirksam lösen zu helfen und zu interesse-

-
- 1) Lytle v. Fulotka, 106 Okla.86,90,233 Pac.456,460 (1925); Food Machinery Corp.v.Moon, 165 S.W. 2d 773,775 (Tex.Civ.App.1942); Seagrave Corp.v.Mount, aaO.
 - 2) In Re Bowen, 151 F. 2d 690,691 (3rd.Cir.1945, Goodrich, J.).
 - 3) Notes, The Fiduciary Duty of Parent to Subsidiary Corporation, 57 Va.L.Rev.1223(1971); Winger v. Chicago City Bank and Trust Co., 394 Ill.94,67 N.E. 2d (1946).
 - 4) Charleroi Lumber Co.v.Bentleyville Borough School Dist., 334 Pa.424,432; 6 A. 2d 91 (1939).

gerechten Ergebnissen zu gelangen. Aus diesem Grund wird dieser fairness test heute kaum noch verwendet ¹⁾.

d) Die Business Judgment Rule

Auch die 'business judgment rule' zur Bestimmung der Grenzen der Weisungsbefugnis der Obergesellschaft ist ursprünglich als Bestandteil der Doktrin der Treuepflichten zum Gradmesser des Verhaltens der Verwaltungsmitglieder einer Korporation entwickelt worden ²⁾. Diese Regel besagt, daß Gerichte sich in die gesellschaftlichen Transaktionen der Verwaltungsmitglieder nicht einmischen werden, solange diese innerhalb ihrer Geschäftsführungsbefugnis unter Befolgung der Gebote ordnungsgemäßer Sorgfalt und unter Einhaltung der anwendbaren Grenzen, die durch die Treuepflichten gezogen werden, gehandelt haben ³⁾. Die Haftungsregeln entsprechen in etwa der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers, wie sie auch das deutsche Gesellschaftsrecht in § 43 GmbHG kennt. Übertragen auf Konzernrechtsverhältnisse bedeutet diese Regel, daß die Obergesellschaft ihre Geschäfte auch mit der abhängigen Gesellschaft so führen kann, wie es den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung entspricht. Eine Haftung sieht die business judgment rule jedoch dann nicht vor, wenn lediglich gewisse

1) Note, 74 Yale L.J. 338, 341 (1964).

2) Zur business judgment rule im Verhältnis Direktorium-Gesellschaft: Großfeld, Aktiengesellschaft, S. 298; Mestmäcker, S. 130; Immenga, S. 47.

3) Henn, § 233, S. 457; Everett v. Phillips, 288 N.Y. 227, 43 N.E. 2d 18 (1942); Piccard v. Sperry Corp., 48 F. Supp. 465, 467 (S.D.N.Y. 1943); Price v. Standard Oil Co., 55 N.Y.S. 2d 899, 896 (Sup.Ct. 1945); Moskowitz v. Bantrell, 41 Del.Ch. 177, 178, 190 A.2d 749 (1936); Warshaw v. Calhoun, 43 Del.Ch. 148, 221 A. 2d 487, 492, 493 (1966): "In the absence of a showing of bad faith, on the part of the directors, or of a gross abuse of discretion, the business judgment of the directors will not be interfered by the courts".; Notes, Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent-Subsidiary Relations, 74 Yale L.J. 338, 345 (1964).

Entwicklungen oder Auswirkungen falsch eingeschätzt wurden, sofern nur ursprünglich die Gebote ehrenhafter Geschäftsführung in gutem Glauben eingehalten worden sind. Die Obergesellschaft soll nur bei Nachweis grober und offenkundiger Übervorteilung für ihre Handlungsweise einstehen müssen ¹⁾. Die business judgment rule vermutet grundsätzlich ein gewissenhaftes Handeln der korporativen Entscheidungsträger. Dies kann vom Kläger nur durch das Vortragen schwerwiegender Sorgfaltspflichtverletzungen erschüttert werden. Anders als beim arm's length test und beim fraud test liegt die Beweislast hier beim Kläger. Da dieser jedoch eine Art Prima-facie-Vermutung zugunsten eines ordnungsgemäßen Verhaltens der Obergesellschaft erst widerlegen muß, begünstigt der business judgment test die Rechtsstellung des Beklagten nicht unerheblich und zeigt sich damit eher klägerfeindlich. Wiederum wird im Streitfall allein durch die Anwendung eines bestimmten Tests mit der damit verbundenen Beweislastregel eine Partei zu Lasten der anderen Prozeßpartei bevorzugt, ohne daß auf die Umstände des Einzelfalles näher eingegangen wird. In der Rechtspraxis führte dieser Test dann auch zu Urteilen, die den beklagten gesellschaftlichen Treuhänder eindeutig begünstigen ²⁾.

e) Das Problem des Self-Dealing - Der Intrinsic Fairness Test

In den Fällen der sog. Eigengeschäfte (self-dealing) wird derzeit der intrinsic fairness test angewendet. Diese Fallgruppe betrifft diejenigen Situationen, in denen die Obergesellschaft auf beiden Seiten der

1) Meyerson v. El Paso Natural Gas Co., 246 A. 2d 789, 794 (Del.Ch.1967): "gross and palpable overreaching."

2) Note, 57 Va.L.Rev. 1223 (1971).

konzernmäßigen Transaktion steht. Self-dealing liegt immer dann vor, wenn die Obergesellschaft kraft ihres beherrschenden Einflusses auf die Tochtergesellschaft diese zu bestimmten Verhaltensweisen oder Maßnahmen veranlaßt und dabei Vorteile zu Lasten der beherrschten Gesellschaft und deren Minderheitsgesellschafter erlangt ¹⁾. Der intrinsic fairness test nimmt wiederum eine Beweislastumkehr vor mit dem Nachteil der Ungleichbehandlung einer Prozeßpartei. Die beklagte Obergesellschaft hat darzulegen und zu beweisen, daß ihre geschäftlichen Transaktionen mit der Tochtergesellschaft auch unter strenger gerichtlicher Betrachtungsweise objektiv fair waren ²⁾. Dieser Prüfungsmaßstab soll einen höheren Grad an Fairness verlangen als die vorgenannten Tests, wobei allerdings nicht klar wird, worin der Unterschied zur einfachen Fairness liegen soll ³⁾.

Die traditionellen fairness tests haben sich überwiegend als ein nur ungenügendes Mittel zur Kontrolle konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft erwiesen. Dies mag einmal daran liegen, daß es doch einige erhebliche tatsächliche Unterschiede gibt zwischen den Beziehungen von Mutter- und Tochtergesellschaft auf der einen und den Beziehungen zwischen Direktorium und Gesellschaft auf der anderen Seite. Nicht in jedem Fall kann durch einen Test, mittels dessen ein Direktor einer betrügerischen oder unfairen Handlungsweise überführt werden kann, in gleicher Weise das Verhalten der herrschenden Gesellschaft beur-

1) Sinclair Oil Corporation v. Levien, 280 A. 2d 717 (Del. 1971).

2) Sinclair Oil Corp. v. Levien, aaO; Guth v. Loft, Inc., 23 Del.Ch. 255, 5 A. 2d 503 (1939); Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del.Ch. 293, 93 A. 2d 107 (Del.Supr. 1952); David J. Greene Co. v. Dunhill International, Inc., 249 A. 2d 427 (Del. Ch. 1968); Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A. 2d 883 (Del.Supr. 1970).

3) Note, 57 Yale Va.L.Rev. 1233 (1971).

teilt und am Maßstab der Fairness gemessen werden. Die Bevorzugung eines bestimmten Tests durch das Gericht ist u.U. je nach der damit verbundenen Verteilung der Beweislast bereits für den Ausgang des Rechtsstreits fallentscheidend. Die Auswahl des anzuwendenden Tests kann daher für eine Prozeßpartei eine diskriminierende und vorentscheidende Wirkung haben. Darüber hinaus widersprechen zu starre Rechtsregeln dem dem amerikanischen case law-System innewohnenden Grundsatz des Eingehens auf die Fakten des betreffenden Einzelfalls. Schon aus diesem Grund stießen die fairness tests auf den Argwohn mancher Kommentatoren ¹⁾.

3. Die Problematik der gemeinsamen Einkommenssteuerrückerstattungsanträge - Der Fall Case v. New York Central Railroad Company

Nach amerikanischem Steuerrecht ²⁾ kann, wenn die Obergesellschaft zu mindestens 80 Prozent an der abhängigen Gesellschaft beteiligt ist, ein gemeinsamer Antrag auf Einkommensteuerrückerstattung gestellt werden ³⁾, um eventuelle Verluste der Muttergesellschaft mit Gewinnen der Tochter steuerrechtlich auszugleichen ⁴⁾. Ein typisches Beispiel für einen sich hieraus ergebenden Konzernrechtskonflikt ist der in New York entschiedene Fall Case v. New York Central

1) Notes, The Fairness Test of Corporate Contracts with Interested Directors, 61 Harv.L.Rev. 335, 342, 343 (1948).

2) Int. Rev. Code of 1954, §§ 1501-04.

3) Int. Rev. Code of 1954, § 1504 a.

4) Comments, Corporations, Agreement between Parent and Subsidiary Corporations for Allocation of Income Tax Savings Resulting from Filing Consolidated Returns Held not Fair, 112 U.Pa.L.Rev. 1185 (1964).

Railroad¹⁾.

Die als close corporation betriebene New York Central Railroad Company arbeitete mit nicht unerheblichen wirtschaftlichen Verlusten, während die ihr zu 80% gehörende Mahoning Railroad Company Profite erwirtschaften konnte. Diese Gewinne wurden garantiert durch eine bereits seit 1880 bestehende Vereinbarung, nach der Central die Erhaltungs- und Unterhaltungskosten der von Mahoning betriebenen Eisenbahnlinie bezahlt. Weitere Gewinne wurden dadurch erzielt, daß Mahoning an Central Teile des Gesellschaftseigentums vermietete. Im Jahre 1958 wurde erstmals ein gemeinsamer Antrag auf Steuerermäßigung gestellt. Nach Aufrechnung von Gewinnen und Verlusten innerhalb des Konzerns ergab sich für Mahoning eine Steuerersparnis von über 3,8 Millionen Dollar verglichen mit dem Betrag, der bei getrennter Veranlagung infolge des erwirtschafteten Gewinns zu entrichten gewesen wäre. Auf Grund seiner Mehrheitsbeteiligung gelang es Central, mit Mahoning eine Vereinbarung abzuschließen, nach der von der erzielten Steuerersparnis fast 270.000 Dollar bei Mahoning verbleiben und die übrigen Gelder von über 3,5 Millionen Dollar an die Obergesellschaft abgeführt werden sollten. Hiergegen wandten sich die nicht konzernabhängigen Minderheitsgesellschafter mit ihrer Klage, weil sie in einer solchen Verteilung der Steuerersparnis eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Obergesellschaft und eine Treuepflichtverletzung sahen.

In dritter Instanz gelangte der Streitfall schließlich vor den New Yorker Court of Appeals. Dieses Gericht stellte fest, daß auch nach der in New York geltenden Regel eine Muttergesellschaft der beherr-

1) 19 App.Div.2d 383,243.N.Y.S. 2d 620 (1st Dep't 1963), verkürzt abgedruckt in Cary,Corporations, S. 574 f sowie Note, Corporations, Consolidated Income Tax Returns, 49 Cornell L.Q. 520 (1964).

schten Tochter gegenüber die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten schuldet ¹⁾. Als Kriterium, um mögliche Treuepflichtverletzungen festzustellen, bestimmte das Gericht den fairness test. Die entscheidende Frage in Case war, ob die auf Drängen von Central geschlossene Vereinbarung über die Verteilung der gesparten Steuern für die Untergesellschaft und deren außenstehenden Gesellschaftern "fair" war. Dazu stellte das Gericht fest, daß ein solcher Verteilungsplan per se nicht illegal sei und gegen das Gesetz verstoße; vielmehr müßten die Tatsachen des Einzelfalls genauestens durchleuchtet werden ²⁾. Bei dieser Prüfung konnten weder der fraud test mangels eines erkennbar vorgebrachten betrügerischen Verhaltens noch der arm's length test einschlägig sein. Letzterer ist schon deshalb in den Steuerrückerstattungsfällen unanwendbar, weil consolidated tax returns nur im Konzernzusammenhang denkbar sind ³⁾, da diese Art der Steuererklärungen auf voneinander unabhängige Unternehmen nicht übertragen werden kann. Das Gericht benutzte in Case eine Gegenüberstellung von Vor- und Nachteilen der beanstandeten Konzernobergesellschaft für die abhängige Gesellschaft (advantage disadvantage test). Es führte aus, daß Unfairness nur dann angenommen werden könne, wenn die Konzernmutter auf Kosten der Tochter einen Gewinn erzielt habe. Einer Bereicherung auf der einen Seite muß eine Entreichung auf der anderen gegenüberstehen. Da eine auf diese Art berechnete ungerechtfertigte Bereiche-

1) Case v. New York Central Railroad, 19 App. Div. 2d. 383, 386, 243 N.Y.S. 2d 620, 623 (1st Dep't 1963).

2) Note, 49 Cornell L.Q. 520, 531 (1964).

3) Int. Rev. Code of 1954, § 1504 a.

rung nicht vorlag, wies das Gericht die Klage ab¹⁾. Bei Anwendung der für diesen Test gebotenen hypothetischen Betrachtungsweise hätte bei Nichtbestehen der beanstandeten Vereinbarung die beherrschte Gesellschaft den ersparten Betrag von fast 270.000 Dollar als Steuern abführen müssen, d.h. sie hätte also noch schlechter gestanden als zum gegenwärtigen Zeitpunkt. Die ungleiche Verteilung der Steuererträge war somit auch zugunsten der Tochtergesellschaft erfolgt, da dies zur finanziellen Gesundung der Obergesellschaft beigetragen hatte. Die finanzielle Leistungskraft der Konzernmutter war für die Tochter geradezu lebensnotwendig, weil erstere hauptsächlich die Gewinne der Tochter garantierte. Der advantage disadvantage test gleicht in vielem dem für faktische Aktienkonzerne in den §§ 311 ff AktG vorgeschriebenen Nachteilsausgleich, der nach dem Willen des Gesetzgebers auch für das GmbH-Konzernrecht Gesetz werden sollte. Bisher wurde dieser Test nur in Fallkonstellationen benutzt, die sich - ähnlich wie Case - mit der Problematik der consolidated tax returns befassen.

4. Die Abkehr von der Special Facts Theory - Jones v. Ahmanson

Den bisherigen Schlußpunkt in der Rechtsprechung zur Entwicklung der konzernrechtlichen Treuepflichten brachte der 1969 in Kalifornien entschiedene Fall v. Ahmanson & Co.²⁾. Diese Entscheidung be-

1) Anders bei ähnlicher Sachlage entschied ein Gericht in Alliegro v. Pan Am. Bank, 136 So. 2d 656 (Fla. Dist. Ct. App. 1962). Hier betrachtete das Gericht die Überweisung der Steuerersparnis an die Obergesellschaft als eine Art illegale Vorzugsdividende für deren Gesellschafter; vgl. Comments, Corporations-Agreement between Parent and Subsidiary Corporation for Allocation of Income Tax Savings, 112 U. Pa. L. Rev. 1185, 1186 (1964).

2) 1 Cal. 2d 93, 460 P. 2d 464, 81 Cal. Rptr. 592 (1969).

traf in ihrem konzernrechtlich interessierenden Teil den folgenden Sachverhalt ¹⁾:

H.F. Ahmanson war mit 85 Prozent mehrheitlich an der als close corporation betriebenen Bausparkasse United Savings and Loan Association of California beteiligt. Infolge günstiger Zinsbedingungen und eines sich anbahnenden Baubooms erzielten die öffentlich gehandelten Anteile von Bausparkassen und ähnlichen Kreditinstituten an der Börse hohe Kursgewinne. An dieser Entwicklung konnten die Gesellschafter von United jedoch nicht teilnehmen, da die Anteile der close corporation nicht öffentlich an der Börse gehandelt wurden, für sie also kein Markt bestand und der Wert der einzelnen Anteile infolge eines hohen Buchwertes für einen Stückverkauf unattraktiv war. Um dieser Situation zu entinnen und doch noch an den Börsengewinnen teilnehmen zu können, beschloß die 90% der Anteile haltende Gesellschaftermehrheit, eine gesellschaftliche Umorganisation vorzunehmen. Sie gründete die United Financial Corporation of California und brachte in diese ihre Bausparkassenanteile ein, für die sie pro Stück 250 Anteile der Holding erhielt. Die Obergesellschaft wurde als public corporation an der Börse eingeführt, und so eröffnete sich für die Mehrheitsgesellschafter ein

1) Vgl. die Besprechungen dieser Entscheidung bei: Note, Rights and Powers of Minority Stockholders, 83 Harv.L.Rev.1904(1969); Comments, The Expanding Scope of the Controlling Shareholder's Fiduciary Duty to Minority Shareholders: Jones v. H.F. Ahmanson and Company, 4 U.Ill.L.F.534(1969); Notes, Jones v. Ahmanson: The Fiduciary Obligations of Majority Shareholders, 70 Colum.L.Rev.1079(1970); Notes, Corporations-California expands Majority Shareholder's Fiduciary Duty to Minority Stockholders, 24 Southwestern L.J.527(1970); Note, The Fiduciary Duties of Majority Shareholders expanded: Jones v. Ahmanson Co., 59 Geo.L.J.209(1970); Note, Corporate Law-Fiduciary Duty to Minority Shareholders, 59 Calif.L.Rev.167(1971); Grossmann, Jones v. Ahmanson & Co., Die Treuepflichten des Mehrheitsgesellschafters gegenüber der Minderheit im amerikanischen Recht, Die AG 1975, 158; Lutter, Zur Treuepflicht des Großaktionärs, JZ 1976, 225.

recht schwunghafter und gewinnbringender Börsenhandel, während die Gesellschafterminderheit auf ihren zwar teuren, aber unverkäuflichen Anteilen sitzenblieb. Die der Minderheit unterbreiteten Verkaufsangebote für den Ankauf dieser Anteile durch die Holding lagen erheblich unter dem öffentlichen Marktwert. Gegen dieses Geschäftsgefahren wehrten sich die Minderheitsgesellschafter, die etwa 5 % des Gesellschaftskapitals repräsentierten. Kern der Klage war die behauptete Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht durch die Mitglieder der Ahmanson-Gruppe als Mehrheitsgesellschafter sowohl der Savings and Loan Association als auch der Holding. Die Beklagten waren der Meinung, daß sie einer gesellschaftlichen Treuepflicht nicht unterlägen, da weder Anzeichen für einen Mißbrauch von Insider-Informationen, für einen Mißbrauch oder eine Schädigung von Gesellschaftsvermögen noch für die Tatbestandsmerkmale eines Betruges erkennbar seien ¹⁾.

In dieser Rechtsauffassung stützten sie sich auf die früher in Kalifornien herrschende Auffassung von der majority rule ²⁾. Eine Besonderheit dieses Falles war die Tatsache, daß die Minderheit einen direkten finanziellen Schaden oder eine anderweitige Beeinträchtigung ihrer Gesellschaftertätigkeit nicht geltend machen konnte, sondern lediglich an dem gewinnbringenden Börsenhandel beteiligt werden wollte. Nach Würdigung kalifornischer wie anderer US-amerikanischer Entscheidungen ³⁾ stellte das Ge-

1) Jones v. Ahmanson, 460 P. 2d 471.

2) Ryder v. Bamberger, 172 Cal.791, 158 P.753 (1916).

3) Jones v. Ahmanson, aaO, S.472; das Gericht stützte sich dabei auf die folgenden Entscheidungen: Remillard Brick Co. v. Remillard Dandini, 109 Cal.App. 2d 403, 241 P. 2d 66, 75; In Re Security Finance Co., 49 Cal. 2d 370, 317 P. 2d 1; Brown v. Halbert, 271 A.L. A., 76 Cal. Rptr. 781; Burt v. Irvine Co., 237 Cal. App. 2d 828, 47 Cal. Rptr. 392.

richt allgemein fest, daß in Kalifornien der Grundsatz der "inherent fairness" entwickelt worden sei¹⁾. Nach diesem Grundsatz, der für das Verhalten der Verwaltungsmitglieder und Direktoren gegenüber der Gesellschaft ebenso Gültigkeit hat wie für das Verhalten der kontrollierenden Mehrheitsgesellschaft²⁾, sofern sie in Ausübung ihrer Organfunktion handeln, sind die Mehrheitsgesellschafter der Minderheit und der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, ihre Kontrollmacht in fairer und billiger Weise auszuüben³⁾. Nach diesen Verhaltensmaßregeln darf die Mehrheit ihre Macht nicht ausschließlich zum eigenen Nutzen und zum Schaden der Minderheit ausüben. Das Gericht kam zu dem Schluß, daß die kommerzielle Ausnutzung der durch den Mehrheitsbesitz sich eröffnenden Chancen allen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile zukommen müsse.

Diese Grundsätze haben nach Auffassung des kalifornischen Court of Appeals insbesondere für den Fall des Verkaufs einer kontrollierenden Aktienmehrheit (sale of control) zu gelten. Wird die Mehrheit der Gesellschaftsanteile an eine andere, übergeordnete Gesellschaft veräußert, so verliert die Ursprungsgesellschaft faktisch ihre rechtliche Selbständigkeit und steht zu dem Erwerber in einem Abhängigkeitsverhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft⁴⁾. Gleichzeitig verringert sich das Anlegerinteresse an den verbleibenden Anteilen der Ausgangsgesellschaft, da die Gesellschaft infolge der Konzernierung weitgehend fremdbestimmt wird und der Einfluß der Minderheitsgesellschafter also weiter abnimmt⁵⁾.

1) Jones v. Ahmanson, aaO, S. 472.

2) AaO, S. 473.

3) AaO, S. 471: "fair, just and equitable manner".

4) Grossmann, Die AG 1975, 158, 160; Gower, The Principles of Modern Company Law, S. 561.

5) Eisenberg, The Legal Role of Shareholders and Management in Modern Corporate Decision Making, 57 Calif. L.Rev. 1, 132 (1969).

Die Verletzung einer gesellschaftlichen Treuepflicht sah das Gericht darin, daß die Minderheit von einer lukrativen Verdienstmöglichkeit ausgeschlossen wurde. Zumutbare Alternativen bestanden nach Ansicht des Gerichts in dem Angebot einer angemessenen Abfindung an die Minderheit bei deren gleichzeitigem Ausscheiden aus der Gesellschaft (appraisal remedy) oder aber in der Gründung der Holding-Obergesellschaft zu Bedingungen, an denen die Minderheit in gleichem Maße teilzunehmen in der Lage gewesen wäre¹⁾.

Die überragende Bedeutung der Ahmanson-Entscheidung in dem Gefüge des amerikanischen Konzernrechts besteht vor allem in dem Umstand, daß hier erstmals eine Abkehr von der bislang herrschenden special facts-Theorie vorgenommen wurde²⁾. Der herrschende und kontrollierende Mehrheitsgesellschafter steht den Minderheitsgesellschaften gegenüber in einer direkten "fiduciary relationship". Seine Gesellschaftsgeschäfte sind daher stets gegen die Interessen auch der Minderheit abzuwägen. Auch ohne betrügerische Manipulationen oder ähnlich schwerwiegendes gesellschaftliches Fehlverhalten besteht eine derartige direkte gesellschaftliche Treuepflicht. Dieser Grundsatz der "inherent fairness" ermöglicht es, auf eine Anwendung der verschiedenen, in ihren Ergebnissen je nach der Verteilung der Beweislage unterschiedlichen fairness tests weitgehend zu verzichten³⁾. Als sog. "Ahmanson Rule" wird der Grundsatz bezeichnet, daß die Mehrheit bei Verfolgung ihrer Interessen solche alternativ zur Verfügung stehenden Möglichkeiten wählen muß, die der Minder-

1) Jones v. Ahmanson, aaO, S. 474-476.

2) Hazen, Transfers of Corporate Control and Duties of Controlling Shareholders, 125 U.Pa.L.Rev.1041 (1976).

3) Note, aaO, 59 Geo.L.J.209 (1970).

heit proportional ebenso zugute kommen ¹⁾.

Auch diese Kernaussagen des Ahmanson-Urteils können jedoch nicht abstrakt als Grundsätze einer neuen Lehre von der Treuepflicht verstanden werden. Vielmehr sind auch gerade in der Ahmanson-Entscheidung die Umstände des Einzelfalls von großer Bedeutung. Der Fall betraf insofern eine ungewöhnliche Sachverhaltslage, als trotz Fehlens von betrügerischen oder manipulatorischen Absichten oder Faktoren die Mehrheit einer close corporation sich durch gesellschaftliche Umorganisation Verdienstmöglichkeiten schuf, die der Minderheit verschlossen blieben. Nur vor dem Hintergrund dieses Sachverhaltes ist die Ahmanson Rule zu verstehen. Damit bleibt auch der California Supreme Court dem Gebot des Eingehens auf jeden Einzelfall bei Gewährung größtmöglicher Flexibilität bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge treu ²⁾. Bei einer solchen Betrachtungsweise müssen zwangsläufig die verschiedenen fairness tests wie eine Einengung richterlichen Ermessens angesehen werden.

Die Anwendung der "Ahmanson-Rule" von der "inherent fairness" ist nicht auf den Staat Kalifornien beschränkt geblieben. Neben umfangreicher Zustimmung in der Literatur ³⁾ hat zumindest ein Obergericht nunmehr den gleichen Weg beschritten. Der Entscheidung Donahue v. Rodd Electrotpe Company of New England, Inc., lag ein reiner Mehrheits-/Minderheitskonflikt ohne konzernrechtlichen Hintergrund zugrunde. Dafür legte der Supreme Judicial Court of Massachusetts besonderes Gewicht auf das Problem des

1) Note, aaO, 83 Harv.L.Rev. 1909 (1969).

2) Hazen, aaO, 125 U.Pa.L.Rev. 1041 (1976); Note, aaO, 59 Calif. L.Rev. 167 (1971).

3) Siehe dazu S.154, Fn. 1.

Minderheitenschutzes in der close corporations. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, daß die strengen Treuepflichten selbst im Lichte der Ahmanson-Entscheidung in einer close corporation eine noch schärfere Ausprägung erfahren müssen als bei den public issue corporations ¹⁾. Die Gesellschafter schulden einander die Pflicht zu "utmost good faith and loyalty" ²⁾ und unterliegen einer strengen Auslegung der Treuepflicht ³⁾.

1) Donahue v. Rodd Electrottype Company of New England Inc., 328 N.E. 2d 505 (Supreme Court of Massachusetts 1975).

2) Donahue v. Rodd Electrottype, aaO, S. 517, 519; Note, 89 Harv. L.Rev. 427 (1975).

3) Rodd v. Donahue, aaO, S. 507; Note, aaO.

D. Rechtsvergleichende Zusammenfassung

Sowohl bei der close corporation als auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt es sich um eine Gesellschaftsform, bei der die Gesellschaftsanteile nicht an der Börse gehandelt werden und deren geringe Anzahl von Gesellschaftern zu einer engeren persönlichen Bindung des einzelnen Gesellschafters an 'seine' Gesellschaft führt, als es bei den großen Publikumsgesellschaften üblich ist. Close corporation und Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind zwar nicht identisch, in ihren Problemkreisen aber miteinander vergleichbar.

Die Ausgangssituation für eine rechtsvergleichende Betrachtung ist in Deutschland und Amerika ähnlich: In beiden Ländern ist ein geschriebenes Konzernrecht für die kleinere Kapitalgesellschaft (z.Zt.) unbekannt und die wesentlichen Grundsätze sind durch Richterrecht geprägt worden. Auf diesem Gebiet zeichnet sich das amerikanische Recht durch einen Erfahrungsvorsprung aus, da in Deutschland bisher nur eine einzige GmbH-konzernrechtliche Entscheidung eines Obergerichts bekannt geworden ist.

Die Macht der Mehrheit, im Rahmen ihrer Befugnisse auch die Interessen einer gesellschaftlichen Minderheit oder einer abhängigen Tochtergesellschaft mitzuverwalten, wurde im Laufe der Zeit in beiden Rechtsordnungen einer differenzierten Betrachtungsweise unterzogen. Weder die amerikanische majority rule einer unbeschränkten Mehrheitsherrschaft noch die im deutschen Recht entsprechende Ansicht Rathenau's ¹⁾ werden den Problemen eines Minderheiten-

1) Walter Rathenau. Vom Aktienwesen, Berlin 1917, S. 30: "Bleiben die Zwecke auf das gemeinsame Gesellschaftsinteresse beschränkt, so muß, so unsozial dies klingen mag, die einfache oder satzungsgemäß qualifizierte Mehrheit entscheiden".

schutzes innerhalb eines modernen Konzernrechts gerecht. Vielmehr gilt in beiden Rechtsordnungen heute der Grundsatz, daß durch das Handeln der Mehrheit die Grenzen einer ausgewogenen Rücksicht auf die gesellschaftsbezogenen Interessen der Minderheit nicht überschritten werden dürfen. Obwohl die Mehrheitsgesellschafter nicht als Treuhänder oder trustee der Minderheit angesehen werden können, haben sie für den Erhalt der Kapitalinteressen der Minderheit Sorge zu tragen und dürfen die abhängige Gesellschaft nicht "ausplündern".

Durchgesetzt hat sich in diesem Zusammenhang die organschaftliche Betrachtungsweise: Wird die Mehrheit in einer Weise tätig, die die Interessen der gesellschaftlichen Minderheit berührt und nimmt sie dabei Kompetenzen wahr, die in einer unverbundenen Gesellschaft ursprünglich dem Direktorium oder der Geschäftsführung zustanden, so hat sie auch die diesen obliegenden Sorgfalts- und Treueverpflichtungen zu beachten.

Um die gesellschaftliche Minderheit vor den schädigenden Auswirkungen einer Konzernierung zu schützen, sind grundsätzlich zwei Lösungswege denkbar: Man kann entweder der Minderheit den Weg aus der Gesellschaft durch die Zahlung von Abfindungen für deren Gesellschaftsanteile erleichtern oder aber die Stellung der Minderheit in der Gesellschaft durch Minderheitenschutzrechte stärken und die Handlungsweise der Mehrheit Beschränkungen unterwerfen.

Die praktischen Erfahrungen, die in Amerika mit dem appraisal remedy gemacht worden sind, lassen es wenig sinnvoll erscheinen, den Schutz einer gesellschaftlichen Minderheit vor unerwünschten Folgen einer Konzernierung allein durch Abfindungsansprüche

zu gewährleisten ¹⁾. Abgesehen davon, daß die Bewertung von Anteilen einer close corporation oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis große Schwierigkeiten bereiten kann, haben sich die appraisal rights in den USA oft gerade in das Gegenteil ihres ursprünglichen Schutzzwecks verkehrt. Es besteht die Gefahr, daß die Gesellschaftermehrheit mittels Zahlung einer Abfindungssumme versucht, eine ihr unbequeme Minderheit aus der Gesellschaft zu vertreiben, um so die Alleinherrschaft zu erlangen. Der Fall Matteson v. Ziebarth gibt hierfür ein unrühmliches Beispiel ab ²⁾. Umgekehrt kann die Minderheit mit der Drohung, von ihren Abfindungsrechten Gebrauch machen zu wollen, negativ in die Gesellschaftsgeschäfte eingreifen. In diesem Fall müßte u.U. Gesellschaftskapital, das an anderer Stelle für den laufenden Geschäftsbetrieb dringend gebraucht wird, für potentielle Abfindungsansprüche zurückgehalten werden. Das amerikanische Beispiel belegt, daß es vielmehr im Sinne eines wirksamen Minderheitenschutzes sein muß, von der Erhaltung der Gesellschaftsanteile aller Gesellschaftler auszugehen. Es gilt die Minderheitsanteile zu wahren und zu schützen, anstatt sie der Mehrheit zuzuführen.

Ganz anders dagegen sind die amerikanischen Erfahrungen mit der Treuepflicht als Schranke für die Begrenzung konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft zu bewerten. Die fiduciary duty des herrschenden Unternehmens gegenüber der beherrschten Gesellschaft und deren außenstehenden Minderheitsgesellschaftlern hat im amerikanischen Recht ihren systematischen

1) Für Abfindungsansprüche im GmbH-Konzernrecht zuletzt: Karsten Schmidt, Konzernrecht, Minderheitenschutz und GmbH-Innenrecht, GmbH-Rdsch. 1979, 133.

2) Vgl. dazu S. 112.

Unterbau in den Regeln des Trustrechts sowie in den Treuepflichten aus den gesellschaftsrechtlichen Spannungsverhältnissen Direktorium - Gesellschaft und Mehrheits- Minderheitsgesellschafter. Dies hat dazu geführt, daß die Gerichte im Regelfall weniger Unsicherheit zeigen, diesen unbestimmten Rechtsbegriff zur Lösung konzernrechtlicher Konflikte anzuwenden. So ist die fiduciary duty u.a. von den Gerichten benutzt worden, um die Konzernherrschaft zu begrenzen in den Fällen des Verkaufs der Gesellschaftskontrolle (sale of control), des Mißbrauchs von gesellschaftlichen Möglichkeiten oder Insiderkenntnissen zu Lasten der abhängigen Gesellschaft, der Ausplünderung von Minderheitsinteressen, der Vertreibung unliebsamer Gesellschafter aus der Gesellschaft oder der gemeinsamen Steuererklärung mit dem Ziel, auf Kosten der Tochtergesellschaft Steuern zu sparen.

Interessenkonflikte dieser Art sind den deutschen Gerichten bisher zum großen Teil unbekannt geblieben. Jedoch kann der Hinweis auf die Nichteinhaltung gesellschaftlicher Treuepflichten nur dann in befriedigender Weise dazu beitragen, Konzernrechtskonflikte lösen zu helfen, wenn genügend Freiraum besteht, den Inhalt der von der Mehrheit zu beachtenden Treueverpflichtungen von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängig zu machen. Die amerikanische Gerichtspraxis mit ihrer Erfahrung bezüglich der verschiedenen fairness tests lehrt, daß die Treuepflicht als Schranke konzernrechtlicher Mehrheitsherrschaft immer dann versagt, wenn die Gerichte versuchen, einen abstrakten und starren Maßstab, der für alle Fallgestaltungen zu gelten hat, anzulegen. Die möglichst enge und trotzdem allumfassende Definition des Inhalts der Treuepflicht

mußte oft zu Lasten einer befriedigenden Einzelfallgerechtigkeit gehen, weil die Fakten des jeweiligen Einzelfalls und die Strukturen der beteiligten Gesellschaften nicht genügend berücksichtigt werden konnten. Je nachdem, an welchem fairness test das Verhalten der gesellschaftlichen Mehrheit überprüft wurde, führte z.B. die vorherige Verteilung der Behauptungs- und Beweislast nicht in jedem Fall zu überzeugenden Lösungen. Es zeigte sich als wenig praktikabel, einen fiktiven Maßstab für das Ausmaß der konzernrechtlichen Treuepflicht zu bilden, an dem sich jeder Einzelfall zu messen hat.

Diese amerikanischen Erfahrungen stimmen mit der Analyse der deutschen Konzernrechtsdiskussion überein. Die geplante Übernahme der §§ 311 ff AktG erwies sich für das zukünftige GmbH-Konzernrecht als nicht erstrebenswert. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung für starre konzernrechtliche Regelungen kaum geeignet, will man nicht zugleich die Elastizität, die diese Gesellschaftsform im Vergleich zu anderen auszeichnet und die es ihr ermöglicht, sich schnell und unbürokratisch auf wirtschaftliche Veränderungen einzustellen und damit zu dem Geheimnis ihres Erfolges wurde, zerstören.

Unabhängig voneinander sind diese Grundsätze nunmehr von der jüngsten Rechtsprechung in Amerika und Deutschland bestätigt worden. Die beiden "leading cases" Jones v. Ahmanson und ITT beweisen, daß schwerwiegende Fälle des Mißbrauchs einer konzernrechtlichen Machtstellung unter dem Gesichtspunkt einer Treuepflichtverletzung auch ohne starre Rechtsregeln oder tests zufriedenstellend geahndet werden können, wenn zugleich der Minderheit ein selbständiges Klagerecht eingeräumt wird.

Bei einer rechtsvergleichenden Betrachtung der beiden Konzernrechte fällt auf, daß dem überaus großen Fallmaterial im amerikanischen Recht nur ein einziger obergerichtlich entschiedener Konzernrechtsfall in Deutschland gegenübersteht. Hierzu lassen sich mehrere Gründe anführen. Im Aktienrecht und bei Großunternehmen in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden infolge der Kontrollfunktionen ¹⁾ des in dieser Art in Amerika gänzlich unbekannten Aufsichtsrats eine große Anzahl von Streitfällen im Unternehmen geregelt und gelangen nicht vor ein Gericht. In den USA hat der Besitz von Wertpapieren eine andere Funktion als in Deutschland. Dort ist ein ebenso umfassendes System der sozialen Sicherheit wie in Deutschland noch weitgehend unbekannt. Der Erwerb von Gesellschaftsbeteiligungen wird von weiten Kreisen der Bevölkerung als Absicherung für Alter und Notfälle betrieben ²⁾, und um den Erhalt und den Wert der Gesellschaftsanteile wird mitunter verbissener gekämpft als es etwa in Deutschland üblich ist. Die verschiedenen Rechtsinstitute, die das deutsche Recht zum Schutz eines Minderheitsgesellschafters anbietet und die zwar isoliert betrachtet in ihrer Wirkung nur unzulänglich sind, haben in ihrer Gesamtheit in einer Art Filterwirkung dafür gesorgt, daß viele Streitigkeiten entweder gar nicht vor Gericht ausgetragen wurden oder aber dort losgelöst von ihrem konzernrechtlichen Kern behandelt wurden.

1) Vagts, Reforming the Modern Corporation-Perspectives from the German, 80 Harv. L.Rev. 58 (1968): "watch-dog-function".

2) Großfeld, Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis Vereinigte Staaten von Amerika - Deutschland, RabelsZ 1975, 8.

E. Schluß

Das GmbH-Konzernrecht steht, wie das GmbH-Recht insgesamt, vor der schwierigen Aufgabe, Regelungen anbieten zu müssen, die sowohl für kleine personalistische als auch für größere kapitalistisch ausgeprägte Gesellschaften tragbar und interessengerecht sind. Eine derartig große Spannweite läßt sich nur durch Lösungen überbrücken, die ein gewisses Maß an Flexibilität aufweisen. Eine zu starke Anlehnung oder gar Analogie zu der aktienrechtlichen Lösung ist bereits aus diesem Grund zum Scheitern verurteilt.

Kernproblem des Rechts der verbundenen Unternehmen ist die Frage, wie die gesellschaftliche Minderheit vor nachteilzufügenden Handlungen oder Weisungen der Mehrheit wirksam geschützt werden kann. Weder die traditionellen Lösungen wie etwa die Haftung der Obergesellschaft aus den bürgerlichrechtlichen Vorschriften oder aus einer Analogie zum Aktienrecht noch die Vorstellungen des Gesetzgebers, wie sie in dem Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes niedergelegt wurden, haben sich als geeignet erwiesen, das Spannungsfeld zwischen personalistischen und kapitalistischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu überbrücken.

Einen Ausweg bietet der vom Bundesgerichtshof in der ITT-Entscheidung erstmals beschrittene Weg, den Mehrheitsgesellschafter anzuhalten, bei allen seinen Handlungen, die die Interessen der abhängigen Gesellschaft berühren können, die ihm im Einzelfall obliegenden Treuepflichten zu beachten. Hier ist ein Lösungsweg aufgezeigt, der der Eigenständigkeit

der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und dem Gebot der Flexibilität weitgehend Rechnung trägt. Generell beinhaltet die Treuepflicht die Verpflichtung, auch die Interessen gesellschaftlicher Minderheiten bei Transaktionen oder Weisungen von größter Tragweite in die Entscheidungsüberlegungen der bestimmenden Mehrheit einfließen zu lassen, sowie das Verbot, schädigende oder nachteilsauslösende Handlungen ohne einen entsprechenden Nachteilsausgleich vorzunehmen. Mit der Anerkennung einer direkten Treuepflicht entfällt die Notwendigkeit des Nachweises eines Schadens der abhängigen Gesellschaft oder der Minderheit. Da bereits die Beeinträchtigung bestimmter gesellschaftlicher Rechte einen Verstoß gegen die Treuepflicht bedeuten kann, wird die Rechtsposition der gesellschaftlichen Minderheiten nicht unerheblich gestärkt. Zugleich bewirkt die gesellschaftliche Treuepflicht ein Umdenken. Entscheidend bei der Lösung konzerninterner Rechtsstreitigkeiten ist nicht mehr allein die Frage, ob bestimmte Minderheitenschutzrechte eingehalten wurden, sondern die Einbindung der gesellschaftlichen Macht- und Entscheidungsträger in ein gerichtlich überprüfbares Pflichtenmodell.

Einen konkreten Inhalt kann die Treuepflicht nur unter Einbeziehung der Fakten des Einzelfalls erhalten. Die amerikanischen Erfahrungen belegen, daß trotz noch bestehender definitorischer Unsicherheiten die Treuepflicht zusammen mit einem selbständigen Klagerecht der Minderheitsgesellschafter die Aufgabe, für einen wirksamen Schutz der beherrschten Unternehmen und deren Gesellschafter zu sorgen, wirksam erfüllen kann.

LEBENS LAUF

Am 28. Oktober 1950 wurde ich in Hagen/Westfalen als Sohn des Oberingenieurs Dr.rer. nat. Freimut Peters und seiner Ehefrau Erika geb. Lieb geboren.

Ab Ostern 1957 besuchte ich die Parkschule Hagen und von 1961 - 1968 das Neusprachliche Fichte-Gymnasium, an dem ich am 13. Juni 1969 die Reifeprüfung ablegte. Im Wintersemester 1969/70 nahm ich an der Julius-Maximilians Universität in Würzburg das Studium der Rechtswissenschaft auf und bestand im Juni 1974 das erste juristische Staatsexamen. Das Studienjahr 1974/75 verbrachte ich als Stipendiat der Fulbright Stiftung an der Northwestern University, School of Law in Chicago, Illinois (USA) und erwarb dort den akademischen Grad eines Master of Laws (LL.M.) 1975-1978 leistete ich in Siegen, Beckum und Münster meinen juristischen Vorbereitungsdienst ab und bestand am 7. März 1978 vor dem Justizministerium in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung.

